

UiO • **Det juridiske fakultet**

Industrikonsesjonslovens sranker for erverv av eierandeler i vannkraftselskaper

Kandidatnummer:215

Leveringsfrist: 1. juni 2014 kl. 12:00

Antall ord:36094



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | AVHANDLINGENS EMNE OG PROBLEMSTILLINGER | 1 |
| 1.1 | Presentasjon av tema og problemstillinger | 1 |
| 1.2 | Avgrensninger | 4 |
| 1.3 | Rettskildebildet | 5 |
| 1.4 | Den videre fremstillingen | 6 |
| 2 | DET JURIDISKE RAMMEVERKET FOR PRODUKSJON AV VANNKRAFT | |
| 2.1 | Innledning | 8 |
| 2.2 | Konsesjonslovgivning for myndighetskontroll av vannkraftproduksjonen | 8 |
| 2.2.1 | Dagens konsesjonslovverk | 8 |
| 2.3 | Industrikonsesjonsloven | 10 |
| 2.3.1 | Lovens hovedtrekk | 10 |
| 2.4 | Industrikonsesjonslovens EØS-rettslige bakteppe | 14 |
| 2.4.1 | Innledning | 14 |
| 2.4.2 | Hjemfallsaken | 14 |
| 2.4.3 | Offentlig eierskap: begrunnelse | 16 |
| 2.4.4 | Konsolideringsmodellen | 18 |
| 2.5 | Dagens eierskap i kraftsektoren | 20 |
| 3 | VILKÅR OM TO TREDELER OFFENTLIG EIERSKAP | 21 |
| 3.1 | Innledning | 21 |
| 3.2 | Introduksjon av ikl. § 2 første ledd | 22 |
| 3.3 | Vilkår om at offentlige eiere innehar to tredeler av kapitalen og stemmene | 24 |
| 3.3.1 | Begrunnelsen for minimumsvilkår om at offentlige eiere må inneha to tredeler av kapitalen og stemmene | 24 |
| 3.3.2 | Privat eierskap i bakenforliggende selskaper og vilkåret om to tredeler offentlig eierskap | 27 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 3.4 | Hvilke rettssubjekter oppfyller kravet til offentlige eiere i vannfalleiende selskaper? | |
| 3.4.1 | Statsforetak, kommuner og fylkeskommuner | 30 |
| 3.4.2 | Rettslig status til offentlige særlovselskaper etter industrikonsesjonsloven | 31 |
| 3.5 | Oppsummering | 36 |
| 4 | VILKÅR OM REELT OFFENTLIG EIERSKAP: HVILKE FORHOLD KAN VÆRE RELEVANTE FOR VURDERINGEN? | 37 |
| 4.1 | Innledning | 37 |
| 4.2 | Hvilke forhold kan være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap? | 38 |
| 4.2.1 | Vedtekter, aksjonæravtaler eller lignende | 38 |
| 4.2.2 | Kan kontraktsforpliktelser være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap? | 42 |
| 4.2.3 | Kan faktiske forhold være relevante for vurderingen av vilkåret om reelt offentlig eierskap? | 44 |
| 4.3 | Oppsummering | 48 |
| 5 | VILKÅR OM REELT OFFENTLIG EIERSKAP: HVA KAN FASTSETTES I VEDTEKTER, AKSJONÆRAVTALER ELLER LIGNENDE?..... | 48 |
| 5.1 | Innledning | 48 |
| 5.2 | Disposisjoner til fordel for private rettssubjekter utover selskapslovgivningens normalregler | 48 |
| 5.3 | Organisatoriske rettigheter | 53 |
| 5.3.1 | Stemmerett | 53 |
| 5.3.2 | Stemmegivning | 54 |
| 5.3.3 | Styrepresentasjon | 57 |
| 5.4 | Økonomiske rettigheter | 59 |
| 5.4.1 | Minimumsutbytte | 60 |
| 5.4.2 | Lån med særlige vilkår | 61 |
| 5.4.3 | Aksjepantsettelse med utbetaling av utbytte til panthaver | 65 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 5.5 | Særskilt om privat eierskap i bakenforliggende selskaper | 66 |
| 5.6 | Kan forvaltningen dispensere fra eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum? | 69 |
| 5.7 | Oppsummering | 72 |
| 6 | ERVERV AV EIERANDELER I SELSKAPER SOM INNEHAR KONSESJONSPLIKTIGE VANNFALLSRETTIGHETER..... | 73 |
| 6.1 | Innledning..... | 73 |
| 6.2 | Konsesjonsplikt for erverv av andeler i selskaper med begrenset ansvar | 74 |
| 6.2.1 | Generelle vilkår etter ikl. § 36..... | 74 |
| 6.2.2 | Prosessuelt vilkår: styresamtykke | 78 |
| 6.2.3 | Materielt vilkår: reelt offentlig eierskap | 79 |
| 6.2.4 | Forvaltningens lovbundne kompetanse etter ikl. § 36 | 79 |
| 6.3 | Konsesjonsfrie erverv av eierandeler i selskaper med begrenset ansvar | 80 |
| 6.4 | Konsesjonsplikt for erverv av andeler i ansvarlige selskaper..... | 85 |
| 6.4.1 | Innledning | 85 |
| 6.4.2 | Erverv av aksjer i selskap som er deltaker i et selskap med ubegrenset ansvar | 86 |
| 6.4.3 | Bør private rettssubjekter kunne erverve andeler i selskaper med ubegrenset ansvar?..... | 88 |
| 6.5 | Ukonsederte vannfallsrettigheter | 93 |
| 6.5.1 | Private erverv av eierandeler i selskaper som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter..... | 93 |
| 6.5.2 | Utbygging av råfall | 96 |
| 6.6 | Oppsummering | 99 |
| 7 | EIERSKAPSVILKÅRENE: RETTSVIRKNINGER | 101 |
| 7.1 | Innledning..... | 101 |
| 7.2 | Vannfalleiende selskaper | 102 |
| 7.2.1 | Avslag på konsesjon til erverv av vannfall | 102 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 7.2.2 | Endringer av selskapsorganiseringen | 102 |
| 7.2.3 | Rettsmidler | 103 |
| 7.3 | Erververe av eierandeler i vannfalleiende selskaper | 106 |
| 7.3.1 | Avslag på ervervskonsesjon etter inkl. § 36..... | 106 |
| 7.4 | Oppsummering | 107 |
| 8 | KONKLUSJON | 108 |
| | LITTERATURLISTE | 111 |

1 Avhandlingens emne og problemstillinger

1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger

Vannfall er underlagt privat eiendomsrett.¹ Industrikonsesjonsloven gjør imidlertid kraftige innhugg i avtalefriheten ved erverv av vannfall og andeler i vannfalleiende selskaper.² Temaet for denne avhandlingen er industrikonsesjonslovens skranker for erverv av eierandeler i vannkraftselskaper. Kjernen i dette ligger i å analysere private rettssubjekters handlingsrom innenfor lovens krav til offentlig eierskap.

Vannkraft er en fornybar energikilde, men likevel en knapp naturressurs. Det finnes kun en begrenset mengde vannfallsressurser som kan utnyttes til vannkraftproduksjon.³ Som følge av at vannfall er et lukrativt knapphetsgode, er regulering av hvem som kan erverve eiendomsretten til vannfallsressursene et politisk spørsmål av vesentlig økonomisk betydning.⁴ Helt siden vedtakelsen av den såkalte «panikklov» av 1906 har eierskap til vannfallsressursene vært et politisk spørsmål med stor sprengkraft.⁵ Det politiske ønske om kontroll med eierskapet til vannfallsressursene bunnet ut i et konsesjonslovverk som statens sentrale virkemiddel.⁶ Sentrale spørsmål har vært hvem som skal kunne erverve eiendomsrett til vannfall, og hvilke vilkår myndighetene skal kunne stille til erververen. Siden Stortinget vedtok industrikonsesjonsloven av 1917, har loven blitt endret en rekke ganger i takt med endrede samfunnsforhold og reguleringsbehov i Norge. Den siste større lovendringen i 2008 ble imidlertid fremtvunget av forhold utenfor kongerikets grenser.

¹ Jf. Lov om vassdrag og grunnvann av 24. november 2000 nr. 82 (vrl.) § 13.

² Jf. Lov om erverv av vannfall mv. av 14. desember 1917 nr. 16 (ikl.).

³ Jf. NVE har beregnet at det totale norske vannkraftpotensialet er 214 TWh/ per år. Det gjenstår per i dag et potensial på om lag 33,8 TWh/år som ikke er vernet mot kraftutbygging, jf. Fakta 2013 s. 27.

⁴ Jf. punkt 2.4.3 nedenfor hvor begrepet «grunnrente» er nærmere redegjort for.

⁵ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 14.

⁶ Utviklingen av konsesjonslovgivningen for erverv av eiendomsrett til vannfall gikk trinnvis. Først kom de midlertidige lovene av henholdsvis 7. april og 12. juni 1906. Disse ble så erstattet av lov nr. 4 av 18. september 1909 om ervervelse av vannfall, bergverk og annen fast eiendom. Etter grundig lovforberedelser vedtok til slutt Stortinget industrikonsesjonsloven i 1917, jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 14-15.

Sommeren 2007 kom EFTA-domstolen til at industrikonsesjonslovens ulike vilkår for private og offentlige innehavere av vannfallskonsesjoner var i strid med EØS-avtalen.⁷ Som følge av resultatet i dommen hersket en utbredt oppfatning om at en liberalisering av lovverket var i vente.⁸ Slik gikk det ikke. Høsten 2008 vedtok Stortinget betydelige endringer av industrikonsesjonsloven.⁹ Lovendringen innebar, i tråd med premissene i EFTA-domstolens avgjørelse, en innstramming av eierskapsreglene i industrikonsesjonsloven. Den viktigste endringen var at bare offentlige aktører heretter kan få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall.

Lovendringen medførte likevel ikke at private rettssubjekter ble stengt helt ute fra å kunne erverve andeler i kraftselskaper. I forarbeidene er det antatt at private minoritetsaksjonærer vil kunne utvikle næringen og tilføre den kompetanse.¹⁰ Derfor tillot lovendringen at private rettssubjekter under visse betingelser fremdeles skulle kunne erverve mindre eierposter i vannfalleiende selskaper. Endringen bygget videre på industrikonsesjonslovens tidligere regel om at et selskap regnes for offentlig så lenge to tredeler av kapitalen og stemmene er i offentlig eie.¹¹ Private rettssubjekter kan følgelig eie en tredel i et kraftselskap, uten at selskapet mister sin status som offentlig etter industrikonsesjonsloven.

Formålet om offentlig eierskap til vannkraftressursene, kombinert med en adgang for private rettssubjekter til å erverve minoritetseierandeler i offentlige kraftselskaper, avstedkom en egen bestemmelse i industrikonsesjonsloven § 2 første ledd som skal sikre offentlig eierskap og kontroll i selskaper med private minoritetseiere. Bestemmelsen regulerer vilkårene som stilles for at kraftselskaper med offentlige majoritetseiere kan få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall, men oppstiller også vilkårene for at privat rettssubjekt kan erverve eierandeler i et selskap som allerede innehar konsesjon til

⁷ Jf. Sak E-2/06 ESA mot Norge («Hjemfallsaken»). Rettsavgjørelsen er nærmere omtalt i punkt 2.4.2 nedenfor.

⁸ Jf. blant annet NOU 2012: 2 s. 561 note 38.

⁹ Jf. endringslov av 26. september 2008 nr. 78.

¹⁰ Jf. Ot. prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 33 og 64

¹¹ Rettsvirkningen dersom den private eierandelen overskrider en tredel er imidlertid endret etter lovendringen i 2008, jf. punkt 3.3.1 nedenfor.

vannfallsrettigheter.¹² I tillegg stiller industrikonsesjonsloven krav til offentlig eierskap og kontroll også i etterkant av konsesjonspliktige ervervstilfeller.¹³

For private rettssubjekter som ønsker å investere i vannkraft, er vilkårene til offentlig eierskap i ikl. § 2 første ledd av avgjørende betydning. Etter dagens lovverk utgjør disse vilkårene de vesentligste rettslige skrankene for private rettssubjekters adgang til å erverve eierandeler og sikre seg innflytelse i offentlige kraftselskaper. Avhandlingens sentrale problemstillinger knytter seg derfor til drøftelser av rettsspørsmål som vilkårene til offentlig eierskap og kontroll reiser. Formålet med analysen er å avklare hvilket handlingsrom private rettssubjekter har til å erverve eierandeler i kraftselskaper. Spesielt det skjønnsmessige vilkåret etter ikl. § 2 første ledd om «reelt offentlig eierskap» er viet en sentral plass i avhandlingen. Det er uklart hvilke forhold som vil være relevante for vurderingen etter vilkåret, og hvor grensen går for at disposisjoner strider med vilkåret til reelt offentlig eierskap.¹⁴

Foruten å stille krav til offentlig eierskap og kontroll, inneholder industrikonsesjonsloven et detaljert regelverk for erverv av eierandeler i selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter. Det sondres mellom erverv av eierandeler i selskaper med begrenset og ubegrenset ansvar i henholdsvis ikl. §§ 36 og 37. Oppgavens andre hovedbolk knytter seg til tolkningsspørsmål som disse to bestemmelsene reiser. I dag kan ikke private rettssubjekter få konsesjon til erverv av eierandeler i selskaper omfattet av ikl. § 37. Et aktuelt rettspolitisk spørsmål er imidlertid hvorvidt loven bør endres slik at private rettssubjekter kan erverve eierandeler i selskaper omfattet av ikl. § 37.

Ikke alle vannfallsrettigheter har vært gjenstand for konsesjonsbehandling etter industrikonsesjonsloven. For den særskilte gruppen av ukonsederte vannfallsrettigheter oppstår det egne problemstillinger som fordrer nærmere behandling i avhandlingen. Det

¹² Jf. ikl. § 36 åttende ledd.

¹³ Jf. ikl. § 3.

¹⁴ Vilrådets nærmere innhold er ikke opplagt, noe som illustreres av tvisten mellom aksjonærene i Troms Kraft AS ved salget av 33,33 prosent av aksjene i Troms Kraftforsyning og Energi AS til Jämtkraft AB, jf. kjennelse avsagt 05.10.2012 av Nord-Troms tingrett. Se nærmere omtale i punkt 5.3.2 nedenfor.

sentrale spørsmålet for slike rettigheter er hvilke rettslige disposisjoner private rettssubjekter kan foreta seg uten å utløse konsesjonsplikt, og dermed vilkårene til offentlig eierskap, etter industrikonsesjonsloven.

1.2 Avgrensninger

EØS-retten er av vesentlig betydning for industrikonsesjonsloven. Lovendringen i 2008 hadde sitt direkte utspring fra EFTA-domstolens avgjørelse året før. EØS-retten er altså helt sentral for å forstå utformingen av dagens eierskapsregler.¹⁵ I forlengelsen av å danne det rettslige bakteppet for industrikonsesjonslovens någjeldende regler som ivaretar formålet om offentlig eierskap, er EØS-retten for det andre en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av lovens bestemmelser som skal sikre et konsistent system for offentlig eierskap til vannfallsressursene.¹⁶

EØS-retten oppstiller betydelige skranker for lovgiver med hensyn til industrikonsesjonslovens utforming. Hvorvidt industrikonsesjonslovens er utformet i samsvar med EØS-retten har vært det sentrale temaet når loven har blitt omtalt i juridisk teori siden tusenårsskiftet.¹⁷ Jeg anser det imidlertid ikke hensiktsmessig å foreta en ny vurdering av hvorvidt industrikonsesjonslovens någjeldende utforming er i samsvar med EØS-retten. Denne problemstillingen er allerede behandlet i en studentavhandling, og det har ikke kommet til nye forhold som foranlediger en ny vurdering.¹⁸ Jeg kommer imidlertid i noe grad inn på EØS-retten som skranke for eventuelle endringer av industrikonsesjonslovens bestemmelser.¹⁹

Gjennom konsesjonsplikten reguleres det i betydelig utstrekning hvem som skal kunne erverve eiendomsrett til vannfall, og ved hjelp av konsesjonsvilkår kan myndighetene

¹⁵ Det EØS-rettslige bakteppet er nærmere redegjort for i punkt 2.4 nedenfor.

¹⁶ Jf. punkt 1.4 rett nedenfor.

¹⁷ For juridisk teori skrevet før «Hjemfallsaken» se blant annet: Arnesen (2006), s. 238-251, Bjørnebye (2000), og Urquieta (2003).

¹⁸ For en vurdering av industrikonsesjonsloven og EØS-retten etter lovendringen i 2008, se studentavhandlingen Wehn, Trond, Eiendomsrett til vannfall, bruksrett til vannkraft, og EØS-avtalen.

¹⁹ Jf. 3.4.2 og 6.4.3 nedenfor.

fastsette betingelser for konsesjonen. Avhandlingens tema retter seg mot det første. Konsesjonsvilkårene faller derimot utenfor rammene av oppgaven.

1.3 Rettskildebildet

Den sentrale rettskilden for oppgavens tema er industrikonsesjonsloven. Foruten selve lovteksten, vil forarbeidene til de mange endringene loven har gjennomgått være helt sentrale rettskildefaktorer i tolkningen av de problemstillinger avhandlingens tema reiser. Av de ulike forarbeidene står Ot. prp. nr. 61 (2007- 2008) særlig sentralt. Dette dokumentet inneholder en omfattende behandling av den siste større endringen av industrikonsesjonsloven i 2008.²⁰ De øvrige forarbeidene til endringsloven tilføyer kun i begrenset grad momenter utover hva som allerede følger av odelstingsproposisjonen.²¹

De mange lovendringene har ført til at det foreligger et rikt tilfang med forarbeider til industrikonsesjonsloven. I noen av disse forarbeidene er det inntatt presiseringer av hvordan enkeltbestemmelser i industrikonsesjonsloven skal tolkes, uten at lovendringen resulterte i en endring av ordlyden i de omtalte bestemmelser. Der hvor forarbeidene presiserer deler av industrikonsesjonsloven som ikke var en del av lovendringen, vil de måtte anse for etterarbeider.²² Hvilken vekt uttalelsene til slike etterarbeider skal tillegges, beror på en konkret vurdering av det samlede rettskildebildet.

Et interessant rettskildepeng for avhandlingen er EØS-rettens betydning for tolkningen av industrikonsesjonsloven. Lovens nåværende utforming er i betydelig grad et resultat av EFTA-domstolens avgjørelse i «Hjemfallsaken». Lovendringen i 2008 hadde til formål å sikre at industrikonsesjonsloven var i samsvar med EØS-retten. Tilsvarende må gjelde for fortolkningen av de bestemmelser i loven som ble endret. En fortolkning av industrikonsesjonsloven som ikke samsvarer med en konsistent gjennomføring av formålet om offentlig eierskap, vil kunne være i strid med de krav EØS-retten stiller til en

²⁰ Jf. Endringslov av 26. september 2008 nr. 78.

²¹ Jf. flertallet i Innst. O. nr. 78 (2007-2008).

²² Generelt sett er etterarbeiders rettskildevikt gjerne begrenset etter norsk rettskildelære, jf. Eckhoff (2000) s. 96-97.

konsekvent gjennomføring av formålet for offentlig eierskap som kan begrunne en legitim restriksjon på den frie bevegeligheten.²³

Det foreligger begrenset med praksis fra forvaltningen og domstolene knyttet til de problemstillinger i industrikonsesjonsloven som faller inn under avhandlingens tema. Av relevant forvaltningspraksis foreligger kun et konsesjonsvedtak hvor vilkåret om reelt offentlig eierskap står sentralt. Vedtaket resulterte i en rettslig tvist, hvor Nord-Troms tingrett avsa to avgjørelser.²⁴ Vektige rettskildefaktorer er dette ikke. Men både konsesjonsvedtaket og rettsavgjørelsene illustrerer sentrale problemstillinger som vilkåret om reelt offentlig eierskap reiser, og er derfor omtalt under punkt 5.3.2 nedenfor. Noen av avhandlingens problemstillinger reiser mer generelle forvaltnings- og selskapsrettslige spørsmål. Der det foreligger relevant praksis fra Høyesterett vil dette bli trukket inn i drøftelsene.

Av juridisk teori er det lite litteratur å finne av nyere dato som tar for seg de større endringene av industrikonsesjonsloven i etterkant av «Hjemfallsaken». Noe eldre litteratur er likevel relevant for avhandlingen. Dessuten vil litteratur fra andre relevante rettsområder, herunder forvaltningsrett, selskapsrett og skatterett, bli trukket inn i drøftelsene der dette er relevant.

1.4 Den videre fremstillingen

Industrikonsesjonsloven inngår i et større system av lover som regulerer produksjon av vannkraft i Norge. For å sette industrikonsesjonsloven inn i en rettslig sammenheng er det derfor innledningsvis naturlig med en kort presentasjon av tilgrensende lovverk i kapittel 2. Deretter redegjør jeg i kapittelets neste punkt for industrikonsesjonslovens hovedinnhold. EØS-retten har hatt en sentral betydning for utformingen av eierskapsreglene i industrikonsesjonsloven. I punkt 2.4 er det derfor foretatt en grundig redegjørelse av det EØS-rettslige bakteppet som er nødvendig for å forklare hovedprinsippene bak

²³ Jf. punkt 3.4.2, 4.2.1, 5.4.2, 5.6 og 6.5.1 nedenfor.

²⁴ Jf. Nord-Troms tingretts kjennelser av henholdsvis 24. september og 5. oktober 2012.

eierskapsreglene etter den någjeldende industrikonsesjonsloven. Vinklingen er særlig rettet mot hvordan lovgiver søkte å balansere målsettingen om et konsistent konsesjonssystem som på den ene siden realiserte formålet om offentlig eierskap, og samtidig åpnet for private erverv av minoritets-eierandeler i offentlige selskaper.

Vilkårene om offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd andre punktum innehar en sentral plass i avhandlingen ettersom bestemmelsen ofte vil være den avgjørende rettslige skranken for erverv av eierandeler i offentlige vannkraftselskaper. Avhandlingens første hovedbolk omhandler de ulike rettsspørsmål bestemmelsen reiser. I kapittel 3 foretar jeg først en introduksjon av bestemmelsens hovedinnhold. Deretter foretar jeg en grundig analyse av vilkåret om to tredeler-offentlig eierskap. Siste punkt i kapittel 3 omhandler hvilke rettssubjekter som oppfyller industrikonsesjonslovens krav til offentlige eiere i vannfalleiende kraftselskaper. Særlig oppmerksomhet blir her rettet mot offentlig rettssubjekter som ikke er omfattet av ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punktum.

Størst tolkningstvil er imidlertid knyttet til det skjønnsmessige tilleggsvilkåret om reelt offentlig eierskap i ikl. § 2 første ledd andre punktum. I kapittel 4 og 5 er vilkårets materielle innhold temaet. En slik todelt behandling er hensiktsmessig for en ryddig fremstilling av de aktuelle rettsspørsmålene. Kapittel 4 omhandler *hvilke* forhold som i det hele tatt kan være relevante for vurderingen av om det foreligger reelt offentlig eierskap. I kapittel 5 er spørsmålet *hva* som kan fastsettes i vedtekter, aksjonæravtaler eller lignende innenfor rammen av vilkåret om reelt offentlig eierskap. Tvilsspørsmål vilkåret reiser er forsøkt anskueliggjort gjennom en gjennomgang av typetilfeller på bakgrunn av forarbeidenes omtale av bestemmelsen.

I kapittel 6 behandler jeg avhandlingens andre hovedbolk. Den omhandler industrikonsesjonslovens bestemmelser om erverv av selskapsandeler etter ikl. §§ 36 og 37. Bestemmelsene er forbundet med kravet til offentlig eierskap og kontroll i ikl. § 2 første ledd, men reiser egne tolkningsspørsmål som foranlediger en grundig analyse i et eget kapittel. Her drøfter jeg også hvorvidt private rettssubjekter *bør* kunne erverve eierandeler i

selskaper som faller inn under ikl. § 37. I slutten av kapittelet drøfter jeg de særspørsmål som oppstår for ukonsederte vannfallsrettigheter og kravet til offentlig eierskap.

I kapittel 7 er temaet rettsvirkninger av at vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum ikke er oppfylt, samt hvilke rettsmidler berørte parter vil ha tilgjengelig i en slik situasjon. Helt til slutt er avhandlingens hovedkonklusjoner presentert i kapittel 8.

2 Det juridiske rammeverket for produksjon av vannkraft

2.1 Innledning

Det overordnede formålet med kapittel 2 er å sette industrikonsesjonsloven inn i en rettslig sammenheng, og deretter presentere lovens sentrale bestemmelser med vekt på de grunnleggende hensyn som ligger til grunn for lovreguleringen. I punkt 2.2 følger en fremstilling av det sentrale regelverket for produksjon av vannkraft. Formålet med en slik rettslig plassering av industrikonsesjonsloven er å anskueliggjøre lovens virkeområde og grensesnitt mot annen relevant lovgivning. I punkt 2.3 følger deretter en introduksjon av hovedtrekkene i industrikonsesjonsloven, med særlig vekt på bestemmelser som vedrører kravet til offentlig eierskap. EØS-retten har hatt en meget sentral innvirkning på industrikonsesjonsloven, noe som er redegjort for i punkt 2.4.

2.2 Konsesjonslovgivning for myndighetskontroll av vannkraftproduksjonen

2.2.1 Dagens konsesjonslovverk

Vannkraftproduksjonen er regulert av et omfangsrikt lovverk. De sentrale lovene for vannkraftproduksjon er industrikonsesjonsloven, vassdragsreguleringsloven, vannressursloven og energiloven. I tillegg er en mengde forskrifter vedtatt med hjemmel i nevnte lover. En fellesnevner ved dette lovverket er at det oppstiller bestemte offentligrettslige krav og mål knyttet til vannkraftproduksjon.²⁵

²⁵ Falkanger (2002), s. 260-261.

Et sentralt virkemiddel for å sikre at disse kravene blir ivare tatt er konsesjonsplikt. Utgangspunktet i norsk rett er at alt er tillatt, med mindre det er forbudt. Konsesjonslovgivning snur om på dette utgangspunktet. Konsesjonsplikt medfører at visse rettslige eller faktiske disposisjoner kun er tillatt for innehavere av konsesjon, såkalte konsesjonærer.²⁶ Et slikt generelt forbud som kan fravikes i det enkelte tilfelle, gir forvaltningen kompetanse til å vurdere hver enkelt konsesjonssøknad særskilt.²⁷ Lovgivningen varierer imidlertid i hvilken grad av skjønn som er overlatt til forvaltningen.

De ulike konsesjonskrav i lovgivningen regulerer ulike sider ved vannkraftproduksjon. Erverv av vannfallsrettigheter eller eierandeler i selskaper som innehar slike rettigheter, krever, med visse unntak, konsesjon etter industrikonsesjonsloven.²⁸ Tett forbundet med industrikonsesjonsloven er vassdragsreguleringsloven. Denne loven oppstiller konsesjonsplikt for regulering av vannføringen i et vassdrag til utnyttelse i kraftproduksjon.²⁹ Formålet med konsesjonsplikten er å ivareta allmenne og private interesser i vassdraget. Utgangspunktet er at fordelene må være større enn ulempene for at søknad om vassdragsreguleringen skal bli innvilget konsesjon.³⁰

For mindre reguleringstiltak gjelder ikke vassdragsreguleringsloven.³¹ For slike tiltak kommer vannressursloven til anvendelse. Vannressursloven oppstiller en hovedregel om konsesjonsplikt for vassdragsanlegg og andre tiltak i vassdraget.³² For tiltak som krever konsesjon etter vassdragsreguleringsloven, gjelder det ingen konsesjonsplikt etter vannressursloven.³³ Øvrige bestemmelser i vannressursloven kommer imidlertid til anvendelse for tiltak som er konsesjonspliktige etter vassdragsreguleringsloven, så fremt intet annet er fastsatt.³⁴

²⁶ Eckhoff (2010) s. 77 og 458.

²⁷ Eckhoff (2010) s. 77 og 458.

²⁸ Jf. industrikonsesjonsloven §§ 1 andre ledd, 2 tredje ledd nr. 22, 36, 37 og 39.

²⁹ Jf. Lov om vassdragsreguleringer av 14. desember 1917 nr. 17 (vregl.) § 2.

³⁰ Jf. Vregl. § 8.

³¹ Jf. Vregl. § 2 første ledd a), b) og c).

³² Jf. Vrl. § 8.

³³ Jf. Vrl § 19 første ledd første punktum.

³⁴ Jf. Vrl. § 19 første ledd andre punktum og nærmere presisering i Ot. prp. nr. 39 (1998-1999) s. 339.

Energiloven pålegger blant annet konsesjonsplikt for elektriske anlegg og omsetning av elektrisk energi. Loven liberaliserte kraftmarkedet,³⁵ og har til formål å sikre en samfunnsøkonomisk effektiv utnyttelse av de samlede kraftressurser.³⁶ Dette skal i hovedsak oppnås gjennom et konkurransebasert system for produksjon og omsetning av elektrisitet.³⁷ En interessant observasjon er motpolen mellom den liberale markedstankegangen for omsetning av kraft etter energiloven, kontra de strenge reglene for omsetning av vannfallsrettigheter etter industrikonsesjonsloven med krav til offentlig eierskap og kontroll.

2.3 Industrikonsesjonsloven

2.3.1 Lovens hovedtrekk

Industrikonsesjonsloven (ikl.) regulerer erverv av eiendomsrett til vannfall og stiftelse av andre begrensede rettigheter tilknyttet vannkraftproduksjon.³⁸ Som navnet indikerer, er konsesjonsplikten for erverv av eiendomsrettigheter til vannfall lovens sentrale regulering. Denne muligheten til å kontrollere hvem som kan få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall, kombinert med utstrakt bruk av konsesjonsvilkår, gir staten avgjørende innflytelse på utnyttelsen av vannfall.³⁹ I henhold til lovens formålsbestemmelse skal industrikonsesjonsloven gjennom konsesjonsreglene sikre at vannfallsressursene forvaltes til beste for allmennheten gjennom spredt offentlig eierskap.⁴⁰

Industrikonsesjonsloven ble vedtatt i 1917, etter å ha erstattet den mindre omfattende konsesjonsloven av 1909. Siden den gang har loven blitt betydelig endret flere ganger. De mange endringene loven har gjennomgått gjør at den har et visst uoversiktlig preg. En rekke bestemmelser er opphevet, mens paragrafene står blanke igjen.⁴¹ Videre er lovens

³⁵ Jf. Wasenden (2007) s. 23.

³⁶ Jf. Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m av 29. juni 1990 nr. 50 (enl.) § 1-2.

³⁷ Jf. enl. § 1-2 og Wasenden (2007) s. 74.

³⁸ Jf. ikl. § 1 andre ledd.

³⁹ Falkanger, (2002) s. 42.

⁴⁰ Jf. ikl. § 1 første ledd.

⁴¹ Kapittel 2 omhandler bergverk som ikke lenger er regulert i industrikonsesjonsloven.

språkdrakt en blanding av gammel og moderne bokmål.⁴² I det hele tatt fremstår loven mindre systematisk enn hva andre mer moderne konsesjonslover bærer preg av.⁴³

Industrikonsesjonslovens utgangspunkt er at erverv av vannfallsrettigheter bare kan erverves med full rettsvirkning etter tillatelse fra myndighetene, jf. inkl. § 1 andre ledd. Konsesjonsplikten gjelder for alle andre enn staten selv, jf. inkl. § 1 andre ledd.⁴⁴ Også erverv av allerede konsederte vannfallsrettigheter er konsesjonspliktig. For slike tilfeller følger konsesjonsplikten av inkl. § 2 tredje ledd nr. 22.

Et sentralt spørsmål innledningsvis er hvilke fysiske objekter konsesjonsplikten omfatter. Etter ordlyden i industrikonsesjonsloven § 1 andre ledd omfattes «vannfall (fall eller stryk)». Bestemmelsen tolkes imidlertid videre enn hva som følger av en ren språklig fortolkning.⁴⁵ Etter langvarig forvaltningspraksis følger det at «eiendomsrett til vannfall» også omfatter erverv av vannfall med allerede anlagte kraftverk.⁴⁶

Konsesjongrensen er i industrikonsesjonsloven satt til 4000 hestekrefter, jf. inkl. § 1 andre ledd. Denne grensen oppstiller en nedre terskel for industrikonsesjonslovens anvendelsesområde. Erverv av vannfall under 4000 hestekrefter er altså ikke konsesjonspliktig etter industrikonsesjonsloven.⁴⁷ Vannkraftverk under konsesjongrensen

⁴² Se for eksempel de ulike konsesjonsvilkårene i § 2 tredje ledd.

⁴³ Industrikonsesjonslovens usystematiske preg kommer tydelig frem ved en sammenlikning med vannressursloven eller energiloven. De to sistnevnte lovene er langt mer oversiktlig med konsekvent språkbruk, legaldefinisjoner og overskrifter til bestemmelsene.

⁴⁴ Siden staten har organisert egen vannkraftproduksjon i rettssubjektet Statkraft, et statsforetak som etter inkl. § 2 første ledd omfattes av konsesjonsplikten, er statens frihet fra konsesjonsplikten uten betydning slik statlig vannkraftproduksjon er organisert i dag.

⁴⁵ Jf. §§ 1 andre ledd, 2 tredje ledd nr. 22. At også erverv av anlagte kraftverk omfattes av konsesjonsplikten etter industrikonsesjonsloven harmonerer godt med lovens formål om kontroll over eierskapet til vannfallsressursene og har blitt stadfestet gjennom langvarig og fast forvaltningspraksis. At en slik tolkning harmonerer mindre godt med ordlyden er en annen sak. Se Urquieta (2003) s. 33-34.

⁴⁶ I grensetraktene mellom Norge og Sverige ligger det vannfallsressurser. Selv om kraftstasjonen måtte ligge på norsk side, vil vannfall på svensk side falle utenfor ordlyden i industrikonsesjonsloven § 1 andre ledd. Erverv av slike vannfallsrettigheter for utnyttelse til kraftformål vil dermed ikke være konsesjonspliktig etter industrikonsesjonsloven. Olje- og Energidepartementet ser også ut til å legge en slik oppfatning til grunn, jf. den generelle uttalelsen om spørsmålet i departementets brev av 23. februar 2010 til MuskenSenter AS.

⁴⁷ Etter lovendringen i 2004 ble terskelverdien hevet fra 1000 hestekrefter til 4000 hestekrefter. Formålet med lovendringen var å stimulere til økt utbygging av småkraft, jf. Ot. prp. nr. 54 (2003-2004) s. 12. Da

omtales gjerne som småkraft. I denne avhandlingen sikter «vannkraft» utelukkende til vannkraft over industrikonsesjonslovens konsesjongrense.

Konsesjonsplikten utløses ved ”erwerb” av eiendomsrett til vannfall. Begrepet favner vidt. I utgangspunktet er det antatt at bestemmelsen omfatter erwerb av et hvert slag.⁴⁸ Loven åpner for unntak fra konsesjonsplikten dersom «særlige hensyn» foreligger, jf. ikl. § 1 fjerde ledd. Bestemmelsen ble tatt inn i loven for å legge til rette for omorganisering av kraftselskaper.⁴⁹ Hvorvidt forvaltningen har kompetanse til å gi dispensasjon fra konsesjonsplikten selv om vilkåret om reelt offentlig eierskap ikke er oppfylt, er drøftet under punkt 5.6 nedenfor. I ikl. §§ 1 tredje og sjette ledd er det gjort unntak for visse ervervstilfeller. Disse unntakene er av mindre betydning i dag, og fordrer derfor ikke videre behandling her.

Et hovedskille går mellom direkte og indirekte erwerb av eiendomsrett til vannfall. Med direkte erwerb menes at A erverver selve eiendomsretten til et vannfall av B. Med indirekte erwerb menes her at hele eller en viss andel av selskapet A, som eier et eller flere konsesjonspliktige vannfall, overføres til B. Selskapet forblir eier av vannfallet, selv om det helt eller delvis får nye eiere.⁵⁰ Dersom kun direkte erwerb var omfattet, ville omgåelse av konsesjonsplikten være lettvint.⁵¹ For å gjøre konsesjonsreglene effektive har industrikonsesjonsloven også regler for indirekte erwerb i ikl. §§ 36, 37 og 39. Utgangspunktet etter disse bestemmelsene er at erwerb av selskapsandeler krever konsesjonsplikt.⁵²

industrikonsesjonsloven påny ble endret i 2008, tok Høyre og Fremskrittspartiet, som var i mindretall, til orde for at grensen burde settes ved 10 000, jf. innst. o. nr. 78 (2007-2008) s. 9. I den sittende regjeringens styringsplattform (Suvolden-erklæringen) uttales intet om planer for endring av konsesjongrensen.

⁴⁸ Jf. Ot. prp. nr. 6 (1972-1973) s. 33 hvor forarbeidene til tidligere konsesjonslov presiserer ervervsbegrepet i industrikonsesjonsloven. For industrikonsesjonslovens del har uttalelsene karakter av etterarbeider, men presiseringen må uansett sies å harmonere med den alminnelige forståelsen av ervervsbegrepet i juridisk teori, jf. Falkanger, (2013) Oslo, s. 56.

⁴⁹ Jf. Ot. prp. nr. 31 (1989-1990) s. 1 og 3.

⁵⁰ Jf. Falkanger (1989) s. 363.

⁵¹ Jf. Falkanger (1989) s. 363.

⁵² Se punkt 6.3 nedenfor om konsesjonsfrie erwerb etter ikl. § 36.

Sondringen mellom konsesjonsplikt for erverv av eiendomsrett til vannfallsrettigheter på den ene siden og erverv av andeler i selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter, utgjør et vesentlig skille i industrikonsesjonsloven. For selv om bare visse offentlige rettssubjekter kan få konsesjon til erverv av vannfall, vil andre rettssubjekter, herunder private, kunne erverve andeler i offentlige vannfalleiende selskaper. Felles for begge ervervstilfeller er imidlertid kravet til offentlig eierskap. Både ved erverv av eiendomsrett til vannfallsrettigheter og erverv av andeler i selskaper må vilkåret om reelt offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd andre punktum være oppfylt.⁵³ Lovgiver har på denne måten sikret at formålet om offentlig eierskap til vannfallsressursene blir realisert ved både ved erverv av eiendomsrett til vannfall, og ved erverv av eierandeler i selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter.

Konsesjonsplikten etter ikl. §§ 1 andre ledd eller 2 tredje ledd nr. 22 inntreffer ved overdragelse av eiendomsretten til vannfall. Dersom det var full frihet til å stifte begrensede rettigheter til vannfall, ville det imidlertid være lett å omgå konsesjonsplikten. Erverv av andre begrensede rettigheter kan derfor bare skje med hjemmel i industrikonsesjonsloven kapittel 1.⁵⁴ I ikl. § 5 og tilhørende forskrift oppstilles det detaljerte regler for utleie av vannkraftanlegg. Utleiereglene reiser en rekke problemstillinger som faller utenfor denne avhandlingens rammer.⁵⁵

⁵³ Jf. ikl. §§ 36 åttende ledd, 37 første ledd og 39 første ledd.

⁵⁴ Jf. ikl. § 1 andre ledd andre punktum jf. § 4.

⁵⁵ Særlige tolkningsproblemer knytter seg til utleieordningen hvor bare den kommersielle råderetten (finansiell utleie) overføres til leietaker. Den sentrale problemstillingen her er å fastslå hva som anses for utleieavtaler kontra kraftkjøpsavtaler. Utleiereglene reiser også en interessant rettsskildemessig problemstilling. Til utleieforskriften er det inntatt en rekke merknader som gir anvisning på hvordan forskriftens bestemmelser skal tolkes. Blant annet presiserer merknadene i detalj hvilke momenter som vil være sentrale for grensedragningen mellom finansiell utleie og kraftkjøpsavtaler. Hvilken vekt den utradisjonelle rettskildefaktoren utleiemerknader blir tillagt, vil her av stor betydning for tolkningen av hva som vil være å anse for finansiell utleie.

2.4 Industrikonsesjonslovens EØS-rettslige bakteppe

2.4.1 Innledning

EØS-retten var den sentrale beveggrunnen for lovendringen i 2008.⁵⁶ Lovendringen, hvis siktemål var å sikre en konsistent gjennomføring av formålet om offentlig eierskap som kunne rettferdiggjøre en restriksjon på den frie bevegeligheten, er uløselig knyttet til EFTA-domstolens avgjørelse i 2007 hvor industrikonsesjonslovens bestemmelser ble funnet i strid med EØS-avtalen. En god forståelse av industrikonsesjonslovens rettslige skranker for erverv av eierandeler i offentlige vannkraftselskaper fordrer derfor en redegjørelse av EØS-rettens innvirkning på utformingen av lovens bestemmelser.

2.4.2 Hjemfallsaken

I 2007 ble Norge dømt for brudd på EØS-traktaten i EFTA-domstolen.⁵⁷ EFTA-domstolen kom frem til at ulik konsesjonsperiode for offentlig og private konsesjonærer etter den dagjeldende industrikonsesjonsloven var en indirekte diskriminering av utenlandske aktører som grep inn i retten til både fri bevegelighet av kapital og fri etableringsrett.

Domstolen ga ikke Norge medhold i den prinsipale påstanden om at den omstridte reguleringen i industrikonsesjonsloven falt utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde som følge av eiendomsrettsbestemmelsen i art. 125.⁵⁸ Tvert i mot viste domstolen til rettspraksis knyttet til EF-traktatens korresponderende bestemmelse i art. 295.⁵⁹ EFTA-domstolen konstaterte at denne praksisen er relevant for tolkningen av art. 125 og fastslo at det ikke forelå forhold som skulle tilsi at art. 125 i EØS-avtalen måtte tolkes på en annen måte. På bakgrunn av EU-domstolens praksis, kom derfor EFTA-domstolen til at eiendomsrettsregler, herunder nasjonale eierskapsregler, ikke er unntatt fra hovedregelen

⁵⁶ Jf. endringslov av 26. september 2008 nr. 78. Endringsloven avløste en provisorisk anordning som midlertidig hadde avhjulpet Norges folkerettslige forpliktelse til å endre industrikonsesjonsloven.

⁵⁷ Jf. Sak E-2/06 ESA mot Norge (Hjemfallsaken).

⁵⁸ Da EØS-avtalen ble fremforhandlet i 1991-1992 var norske myndigheters oppfatning at hjemfallsretten i industrikonsesjonsloven falt utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Synspunktet ble begrunnet hovedsakelig med henvisning til EØS-avtalen art. 125, jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 57, St.prp.nr.100 (1991-1992) s. 100 og Ot.prp.nr.82 (1991-1992) s. 5.

⁵⁹ Bestemmelsen følger i dag av TEUF art. 345.

om fri bevegelse for kapital og etableringsfriheten. At kun private konsesjoner var tidsbegrenset med vilkår om vederlagsfritt hjemfall til staten, gjorde vannkraften mer verdifull for offentlige eiere.⁶⁰ EFTA-domstolen kom frem til at forskjellsbehandlingen innebar en indirekte diskriminering av utenlandske markedsaktører som utgjorde et inngrep i både den frie bevegelse for kapital og etableringsfriheten.⁶¹

EFTA-domstolen ga riktignok Norge medhold i den subsidiære anførselen om at offentlig eierskap kan være et legitimt hensyn etter EØS-retten som kan gjøre en restriksjon lovlig.⁶² Men domstolen kom til at industrikonsesjonslovens bestemmelser, med ulike vilkår for private og offentlige konsesjonærer, ikke utgjorde et konsistent system for offentlig eierskap som kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse for kapital. EFTA-domstolen poengterte at den norske lovreguleringen ikke kunne sies å ha et entydig mål om etablering av offentlig eierskap til vannkraftressursene.

Etter domstolens vurdering kunne reguleringen i industrikonsesjonsloven bare sies å forfølge en målsetting om å etablere og opprettholde en viss offentlig kontroll med vannkraftsektoren. Regelverket var ikke tilstrekkelig konsistent. Et blandet eierskapssystem som favoriserte offentlige fremfor private, var ifølge EFTA-domstolen i strid med EØS-avtalen art. 31 og 40, jf. avsnitt 71 til 77 i dommen. Av denne grunn ble Norge dømt for traktatbrudd.

⁶⁰ Regelverket medførte i realiteten at salg av offentlig eide kraftverk til private ikke forekom, jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 33.

⁶¹ Jf. EØS-avtalen art. 31 og 40.

⁶² I avgjørelsen ble det imidlertid ikke presisert hvilket hjemmelsgrunnlag dette ble utledet fra. Både art. 125 og EØS-rettens ulovfestede lære om allmenne hensyn er tenkelig grunnlag. I EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i de forente sakene C-105/12 og C-107/12 dukket denne problemstilling opp, men heller ikke EU-domstolen uttalte eksplisitt hva som var det rettslige grunnlaget. I sin uttalelse i forkant av saken tolket Generaladvokat Jääskinen «Hjemfallsaken» slik at EFTA-domstolen utledet hjemmelsgrunnlaget for unntaket direkte fra art. 125, jf. Generaladvokat Jääskinens uttalelse av 16. april 2013 avsnitt 44. Denne problemstillingen har uansett neppe stor betydning. Hvor rettsgrunnlaget utledes fra vil bære preg av begrepsdiskusjon så lenge de materielle vilkårene ser ut til å være like, jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 60.

2.4.3 Offentlig eierskap: begrunnelse

Som følge av utfallet i Hjemfallsaken hadde Norge en folkerettslig forpliktelse til å endre industrikonsesjonslovens EØS-stridige bestemmelser.⁶³ Flertallet på Stortinget ønsket å fortsatt sikre offentlig eierskap til vannfallsressursene gjennom industrikonsesjonslovens konsesjonsregler.⁶⁴ I odelstingsproposisjonen begrunnet flertallet hvorfor vannkraftproduksjonen bør være i offentlig eie med å vise til tre hovedhensyn. For det første ble det vist til at «ein so grunnleggjande og avgjerande ressurs som energitilgang og produksjon etter fleirtalet si meining skal vere under folkevald og demokratisk kontroll». Et slikt hensyn til offentlig kontroll med forsyningssikkerheten sto også sentralt allerede i lovforarbeidene til konsesjonsloven av 1909.⁶⁵ For det andre, og i forlengelsen av hensynet til forsyningssikkerhet, viste flertallet i odelstingsproposisjonen til at det «er eit tryggleikspolitisk aspekt ved det å sikre det offentlege eigarskapet til denne ressursen og i framtida».⁶⁶

For det tredje trakk flertallet frem at «den norske vasskrafta er ei evigvarande og forureiningfri energikjelde, som i framtida vil gje oss alle store og evigvarande inntekter so lenge ressursane er i alles eige gjennom det offentlege». Selv om det ikke er uttalt uttrykkelig i forarbeidene, er fordelingen av «grunnrenten» sentral i denne forbindelse. Begrepet «grunnrente» stammer fra økonomisk teori og defineres gjerne slik: «*Grunnrenta er avkastning ut over normal avkastning på arbeid og kapital, som oppstår fordi det i produksjonen vert nytta ein knapp naturressurs.*»⁶⁷

⁶³ Jf. ODA-avtalen art. 33 og EØS-avtalen art. 3.

⁶⁴ Jf. innst. O. nr. 78 (2007–2008) s. 5-6.

⁶⁵ Jf. Ot. prp. nr. 1 (1909) s. 46. Hensynet er også tillagt vesentlig betydning i lovmotivene til industrikonsesjonloven, jf. blant annet. Innst. O. nr 5 (1917) s. 3.

⁶⁶ Den sikkerhetspolitiske dimensjonen vannkraften har illustreres av Kraftforsyningens beredskapsorganisasjon (KBO). I ekstraordinære situasjoner overtar KBO ansvaret for landets kraftforsyning. I slike situasjoner plikter vannkraftprodusentene å rette seg etter direktiver fra KBO, jf. energiloven kapittel 9 med tilhørende forskrift. Videre kan det vises til NOU 2006: 6 «Når sikkerheten er viktigst. Beskyttelse av landets kritiske infrastrukturer og kritiske samfunnsfunksjoner». Der er offentlig eierskap ansett for viktig for ivaretagelse av sikkerhetspolitiske hensyn, jf. avsnitt 10.3.3.1: «Spesielt er utvalget opptatt av muligheten for at eierskap til store deler av kraftverkene kan bli overført til utenlandske kraftselskap. Dette vil kunne føre til en svekkelse av kontrollen med beredskapssystemet i kraftsektoren, som blant annet består av og er avhengig av sikkerhetsklarte personer fra kraftselskapene med helt nødvendig kompetanse».

⁶⁷ Jf. NOU 1992: 34 (Skatt på kraftselskap).

I Norge er det et generelt akseptert samfunnsøkonomisk mål å inndra grunnrenten til det offentlige.⁶⁸ For det første har grunnrenten sitt opphav i bruk av en begrenset naturressurs som anses å tilhøre fellesskapet.⁶⁹ Grunnrenten er skapt av samfunnets behov. Det hevdes derfor at myndighetene på prinsipielt grunnlag bør inndra ekstraordinær inntekt i naturressursbaserte næringer, slik at grunnrenten kan komme alle innbyggerne til gode.⁷⁰ For det andre er det ut fra effektivitetshensyn hensiktsmessig med beskatning av grunnrente. Ifølge økonomisk teori vil et ideelt skattesystem som kun beskatter grunnrenten ikke virker vridende på markedsaktørenes investerings- og driftsbeslutninger.⁷¹ Staten kan ta i bruk ulike virkemidler for å høste grunnrenten fra vannkraften.⁷² Offentlig eierskap av vannfallsressursene er ett av mange virkemidler staten har til rådighet for å sikre at fordelingen av grunnrenten fra vannkraften tilfaller allmennheten.⁷³

I odelstingsinnstillingen er det kun foretatt en knapp oppramsing av sentrale hensyn som begrunner formålet med egen konsesjonslovgivning som skal sikre offentlig eierskap til vannkraftproduksjon. Odelstingsproposisjonen inneholder heller ingen grundig drøftelse.⁷⁴ Samfunnsforholdene i Norge har endret seg betydelig siden industrikonsesjonsloven ble vedtatt. På denne bakgrunn fremstår det noe underlig at det i forbindelse med lovendringen i 2008 ikke ble foretatt en grundigere drøftelse av begrunnelsen for en lovregulering som skal sikre offentlig eierskap til vannkraftproduksjonen.

⁶⁸ jf. NOU 2004: 26 (Hjemfall) s. 37.

⁶⁹ Historikeren Lars Thue argumenterer godt for at Henry Georges tanker om fordeling av grunnrenten har hatt vesentlig innflytelse på utformingen av industrikonsesjonsloven, se, Thue (2003). Se også debattinnlegget til Åm (2012).

⁷⁰ I denne sammenheng kan det også vises til begrunnelsen for den særskilte satsen for petroleumsbeskatning som samlet sett utgjør 78 prosent. Se NOU 2000:18 (Skattlegging av petroleumsvirksomhet) avsnitt 2.5

⁷¹ jf. NOU 2004:26 s. 37.

⁷² Et sentralt virkemiddel i dag er grunnrentebeskatning for kraftselskaper, jf. Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14 (sktl.) § 18-3.. Etter omorganiseringen av offentlige forvaltningsbedrifter til selskaper i kjølevannet av markedsliberaliseringen energiloven brakte med seg, ble det innført egen grunnrentebeskatning for vannkraftprodusenter, jf. Ot.prp. nr. 23 (1995-1996) s. 7-8 og 111-113.

⁷³ For en drøftelse av hvorvidt det er nødvendig med offentlig eierskap for å sikre at grunnrenten tilfaller det offentlige se: Rødseth (2002) s. 44.

⁷⁴ I Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 20 er det uttalt at «offentlig eierskap er en overordnet målsetting tuftet på et historisk grunnlag som bygger på at en av de mest sentrale naturressurser for landet skal tilligge fellesskapet og allmennheten ved utnyttelse». En slik henvisning til et «historisk grunnlag» fremstår hul, så lenge det ikke er foretatt noen grunnleggende drøftelse av de premisser som ligger til grunn for dette historiske grunnlaget.

2.4.4 Konsolideringsmodellen

Høsten 2008 ble industrikonsesjonsloven endret.⁷⁵ Lovendringen ble kalt «konsolideringsmodellen». Dette skyldtes formålet med lovendringen – å styrke industrikonsesjonslovens regler om offentlig eierskap til vannkraftressursene slik at de ble tilstrekkelig konsistente i henhold til premissene i EFTA-domstolens avgjørelse.⁷⁶ Dersom industrikonsesjonsloven ble gjort tilstrekkelig konsistent, ville formålet om offentlig eierskap kunne være et allment hensyn som rettferdiggjør inngrep i kapital- og etableringsfriheten.

EFTA-domstolen fremhevet fire forhold som bidro til at industrikonsesjonsloven ikke utgjorde et konsistent system for offentlig eierskap som begrunnelse for restriksjoner på den frie bevegeligheten.⁷⁷ I forarbeidene til endringsloven ble det lagt til grunn at de fire forholdene i EFTA-domstolens avgjørelse er uttømmende.⁷⁸ Synspunktet var at dersom loven endres på de fire problematiske punktene, måtte EØS-stridigheten være avhjulpet.⁷⁹ En slik fortolkning av EFTA-domstolens avgjørelse er ikke helt ukontroversiell. En viktig problemstilling er hvorvidt lovendringene i 2008 gikk langt nok for å sikre etableringen av et konsistent system for offentlig eierskap som legitimt kan begrunne restriksjoner på den frie bevegeligheten.⁸⁰ Med andre ord er spørsmålet om lovgiver holdt seg innenfor de

⁷⁵ Jf. endringslov av 26. september 2008 nr. 78. Endringsloven avløste en provisorisk anordning som midlertidig hadde avhjulpet Norges folkerettslige forpliktelse til å endre industrikonsesjonsloven.

⁷⁶ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 5, 8 og 57.

⁷⁷ De fire forholdene var: Nye konsesjoner kunne gis til private, staten kunne selge hjemfalte vannfall tilbake til private, private kunne få forlenget sine gjennom foregrepet hjemfall med tilbakesalg/leie, private kunne kjøpe offentlig eide kraftselskaper (utover en tredel), sak E-2/06 (Hjemfallsaken) avsnitt 74 – 76.

⁷⁸ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 61 og 63. Forarbeidenes tolkning av EFTA-domstolens avgjørelse er diskutabel. EFTA-domstolen tok kun stilling til lovligheten til industrikonsesjonsloven slik den var før innføringen av konsolideringsmodellen. At de forholdene avgjørelsen trakk frem fjernes, medfører ikke automatisk at industrikonsesjonsloven oppfyller EØS-rettens krav til konsistens. I samme retning, se Wehn, Trond, Eiendomsrett til vannfall, bruksrett til vannkraft, og EØS-avtalen, s. 70.

⁷⁹ ESA har, så langt, ikke hatt noen innvendinger til industrikonsesjonslovens någjeldende utforming,. En slik faktisk observasjon kan neppe tillegges rettslig betydning, selv om en vel kan argumentere for at kontrollorganet grunnet sakens historikk ville hatt en foranledning til å fremme eventuelle innvendinger til lovendringen.

⁸⁰ Jf. ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 62.

skranker EØS-retten stiller til industrikonsesjonslovens utforming.⁸¹ For en vurdering av denne problemstillingen vises det til en tidligere studentavhandling hvor spørsmålet er grundig drøftet.⁸²

Sentralt for denne avhandlingens tema er at lovgiver ikke anså formålet om offentlig eierskap til vannfallsressursene for å stå i veien for private minoritetseiere i offentlige vannfalleiende selskaper. ESA påpekte forholdet med private minoritetseiere i offentlige selskaper,⁸³ men EFTA-domstolen gikk ikke inn på dette i dommen.⁸⁴ At EFTA-domstolen ikke fulgte opp ESAs anførsel, tolket norske myndigheter slik at privat deleierskap var forenlig med etablering av et konsistent system for offentlig eierskap som begrunnelse for restriksjoner på den frie bevegelsen.⁸⁵

Ifølge forarbeidene er privat deleierskap ønskelig både av hensyn til vannkraftselskapene og kraftkrevende industri. Det er blant annet uttalt at privat deleierskap kan bidra til at industribedrifter og andre private eiere «gjennom eierskap i kraftselskaper fortsatt kan få eksponering mot kraftmarkedet med sin relevante kompetanse på flere felt som det kan være hensiktsmessig å dra nytte av».⁸⁶ Videre er det antatt at «et innslag av private minoritetsaksjonærer kan være hensiktsmessig for utviklingen av næringen, uten at det offentlige eierskapet dermed forringes».⁸⁷

En kan gjøre seg noen refleksjoner om motsetningsforholdet mellom formålet med offentlig eierskap og det uttrykte ønsket om private minoritetseiere i offentlige kraftselskaper. Selv om industrikonsesjonslovens formål er å sikre at vannfallsressursene

⁸¹ Hvorvidt det gjelder et generelt EØS-rettslig krav til konsistens, som et kriterium under egnethetsdrøftelsen, er omdiskutert, jf. Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole Andras m.fl, EØS-rett, 3. utg. 2011, s.296.

⁸² Jf. Wehn, Trond, Eiendomsrett til vannfall, bruksrett til vannkraft, og EØS-avtalen, s. 76 – 83.

⁸³ Også etter den dagjeldende industrikonsesjonsloven var et vannkraftselskap ansett for offentlig så lenge den private eierandelen ikke overskred en tredel. Dersom det private eieranslaget overskred grensen var imidlertid rettsvirkningen en annen. Se mer om dette rett nedenfor.

⁸⁴ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 64.

⁸⁵ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 64.

⁸⁶ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 33.

⁸⁷ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 64

forvaltes til allmennhetens beste gjennom spredt offentlig eierskap, bygger den altså likevel på en oppfatning om at private minoritetseiere, både finansielle investorer og selskaper involvert i kraftkrevende industri, vil kunne ha en positiv innvirkning på forvaltningen av offentlige selskaper.

Med dette bakteppet var lovgivers utfordring ved lovendringen i 2008 å ivareta hovedformålet om offentlig eierskap, og slik avhjelpe industrikonsesjonslovens bestemmelser i strid med EØS-retten, og samtidig åpne for privat deleierskap. Disse dels motstridende hensynene ble forsøkt balansert ved at private erverv i offentlige kraftselskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter er begrenset til en tredel av kapitalen og stemmene, jf. ikl. § 2 første ledd andre punktum.

2.5 Dagens eierskap i kraftsektoren

I dag eier staten, kommuner og fylkeskommuner store deler av norsk kraftproduksjon. Dels skyldes dette offentlige kraftverkutbygginger, men helt sentralt for denne eierskapsutviklingen er det tidligere ufravikelige vilkåret for private konsesjonærer om hjemfall etter industrikonsesjonsloven.⁸⁸

Kommuner, fylkeskommuner og staten selv eier til sammen omtrent nitti prosent av produksjonskapasiteten i Norge.⁸⁹ En viktig presisering er imidlertid på sin plass. Etter industrikonsesjonslovens definisjon vil et selskap kunne ha inntil en tredel privat eierandel, men like fullt regnes for offentlig eid, jf. ikl. § 2 første ledd andre punktum. Når rapporter fra departementet oppgir at det offentlige eier omtrent nitti prosent av produksjonskapasiteten i Norge, er private minoritetseiere ignorert. Det foreligger ingen oversikt over antall minoritetseiere i norske kraftselskaper. Hovedinntrykket er at private rettssubjekter i begrenset grad har utnyttet muligheten til å erverve minoritetsandeler etter lovendringen i 2008.⁹⁰

⁸⁸ Jf. Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s.14, 27 og 28.

⁸⁹ Fakta (2013) s. 20.

⁹⁰ Noen erverv av private minoritetseierandeler har likevel forekommet, herunder Jämtkraft AB erverv av 33,33 prosent av aksjene i Troms Kraftforsyning og Energi AS i 2012, jf. punkt 5.2.3 nedenfor. Her kan det

Statens eierskap til vannkraftproduksjon er organisert gjennom statsforetaket Statkraft. Dette statsforetaket eier omkring en tredel av Norges vannkraftproduksjon. Øvrig produksjonskapasitet eies hovedsakelig av kommuner og fylkeskommuner.⁹¹ Eierskapet er spredt utover mange aktører. Etter omleggingen til markedsbasert kraftomsetning på begynnelsen av 90-tallet har særlig to utviklingstrekk vært tydelige. For det første har mange kommunale forvaltningsbedrifter blitt omdannet til aksjeselskaper som drives kommersielt. Som følge av industrikonsesjonslovens begrensninger har imidlertid eierskapet hovedsakelig forblitt offentlig. For det andre har omstruktureringer i bransjen resultert i en rekke middels store regionale kraftselskaper som Lyse Energi, Agder Energi og BKK.⁹²

3 Vilkår om to tredeler offentlig eierskap

3.1 Innledning

Industrikonsesjonsloven § 2 første ledd regulerer hvilke rettssubjekter som kan få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall. Samtidig regulerer bestemmelsen rammene for erverv av eierandeler i offentlige kraftselskaper. Bestemmelsen har derfor en vesentlig funksjon i industrikonsesjonslovens operasjonalisering av formålet om spredt offentlig eierskap til vannfallsressursene. Dette er bakgrunnen for at jeg vier mye plass i dette og følgende kapitler til å drøfte rettslige problemstillinger som inkl. § 2 første ledd reiser.

I dette kapittelet foretar jeg innledningsvis en introduksjon av hovedinnholdet i inkl. § 2 første ledd i punkt 3.2. Bestemmelsen oppstiller flere vilkår som er hensiktsmessig å behandle hver for seg. I punkt 3.3 tar jeg for meg vilkåret om to tredeler offentlig eierskap. Det er formålstjenlig med en grundig redegjørelse av hvorfor grensen er satt til to tredeler, ettersom dette også er av betydning for drøftelsen av det skjønnsmessige vilkåret om reelt

også vises til Kommunal Landspensjonskasses (KLP) erverv av 15 prosent av aksjene i henholdsvis Tussa Kraft og Ringeriks-Kraft AS i 2013 og 2014.

⁹¹ Fakta (2013) s. 20.

⁹² Jf. Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 27.

offentlig eierskap i kapittel 4 og 5 nedenfor. I punkt 3.4 er temaet hvilke rettssubjekter som oppfyller industrikonsesjonslovens krav til offentlige eiere i offentlige kraftselskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter. Dette vilkåret er tett forbundet med to tredeler-grensen. Likevel er det hensiktsmessig å skille det ut i et eget punkt, for slik å tydeliggjøre hvilke offentlig rettssubjekter som kan være eiere i et kraftselskap og dermed oppfylle kravet til minst to tredeler offentlig eierskap. Særlig oppmerksomhet blir rettet mot offentlig rettssubjekter som ikke er omfattet av ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punktum.

3.2 Introduksjon av ikl. § 2 første ledd

Industrikonsesjonsloven § 2 første ledd regulerer hvilke rettssubjekter som kan få konsesjon til vannfall. Bestemmelsens første punktum slår fast at «foretak organisert etter lov om statsforetak, norske kommuner og fylkeskommuner kan få konsesjon til å erverve eiendomsrett». Alle disse tre rettssubjektene er hundre prosent i offentlig eie. Etter ikl. § 2 første ledd første punktum vil dermed formålet om offentlig eierskap alltid være oppfylt.⁹³

De aller fleste offentlige kraftselskaper er imidlertid organisert som selskap, lag eller sammenslutning. I slike tilfeller er det selskapet, laget eller sammenslutningen som er konsesjonsinnehaver. Typisk vil et kraftselskap være organisert som et aksjeselskap hvis aksjonærer er én eller flere kommuner. Her er det aksjeselskapet, ikke de offentlige eierne, som vil være konsesjonssubjekt etter industrikonsesjonsloven. Private rettssubjekter kan erverve minoritetseierandeler i slike kraftselskaper med offentlige eiere. For å sikre formålet om offentlig eierskap, er det egne vilkår for det private eierinnslaget etter ikl. § 2 første ledd andre punktum. Et selskap, lag eller sammenslutning med hovedsakelig offentlig eiere vil bare kunne få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall så lenge disse vilkårene er oppfylt.

Ikl. § 2 første ledd andre punktum oppstiller tre vilkår som samlet sett kan karakteriseres som «eierskapsvilkårene». For det første er det et minimumsvilkår om at offentlige eiere

⁹³ Jf. lov om statsforetak av 30. august 1991 nr. 71 (Statssel.) § 1.

innehar to tredeler av kapitalen og stemmene i det aktuelle selskap, foretak, lag eller sammenslutning som søker om konsesjon til vannfallsrettigheter. For det andre omfatter ordlyden i bestemmelsen kun nærmere angitte offentlige rettssubjekter som oppfyller kravet til offentlig eiere i vannfalleiende selskaper.⁹⁴ For det tredje oppstiller bestemmelsen et skjønnsmessig tilleggsvilkår om at organiseringen i selskapet som søker konsesjon må være slik at det «åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap».

For statsforetak, kommuner eller fylkeskommuner som er konsesjonærer etter ikl. § 2 første ledd første punktum, vil det offentlige eierskapet under enhver omstendighet være ivaretatt. Private rettssubjekter er avskåret fra å erverve eierandeler i disse offentlige rettssubjektene.

Annerledes stiller det seg for selskaper som eies av ovennevnte rettssubjekter. I etterkant av at det vannfalleiende selskap har fått konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall, vil et privat rettssubjekt kunne erverve eierandeler i selskapet, eller gjennom vedtektsbestemmelser eller aksjonæravtaler, sikre seg en slik grad av kontroll over selskapets styringsfunksjoner at det offentlige eierskapet undermineres. For å forhindre private eiere fra å komme i en slik posisjon, er eierskapsvilkårene etter ikl. § 2 første ledd andre punktum sammenkoblet med reglene om erverv av andeler i selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter, jf. ikl §§ 36 åttende ledd og 37.⁹⁵ Også ved andre direkte eller indirekte endringer av organiseringen av kraftselskapet, herunder konsesjonsfrie erverv eller endringer i vedtektsbestemmelser eller aksjonæravtaler, må eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum være oppfylt, jf. ikl. § 3.

⁹⁴ Henholdsvis «et statsforetak eller en eller flere kommuner eller fylkeskommuner».

⁹⁵ I kapittel 6 nedenfor følger en grundig gjennomgang av reglene for private erverv av selskapsandeler.

3.3 Vilkår om at offentlige eiere innehar to tredeler av kapitalen og stemmene

3.3.1 Begrunnelsen for minimumsvilkår om at offentlige eiere må inneha to tredeler av kapitalen og stemmene

For å sikre et konsistent system for offentlig eierskap som begrunnelse for restriksjoner på den frie bevegeligheten i samsvar med EFTA-domstolens premisser, ble private rettssubjekters adgang til å få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall fjernet ved lovendringen i 2008. Som redegjort for ovenfor, ønsket lovgiver likevel at private skulle kunne erverve minoritetsandeler i offentlige kraftselskaper. Løsningen fra lovgiver var å tillate private erverv av minoritetsandeler i selskap, lag eller sammenslutning hvor offentlige eiere «..direkte eller indirekte innehar to tredeler av kapitalen og stemmene..», jf. ikl. § 2 første ledd andre punktum. Spørsmålet er hvorfor grensen ble satt til minimum to tredeler offentlig eierskap.

Begrunnelsen er todelt. For det første er regelen en videreføring av industrikonsesjonslovens tidligere regel. Grensen for at et selskap ble regnet for offentlig, og dermed kunne inneha tidsubegrenset konsesjon, var også tidligere satt til inntil en tredel privat eierskap.⁹⁶ Lovendringen i 2008 bygger dermed videre på industrikonsesjonslovens tidligere regel for privat kapital.⁹⁷ Forskjellen etter lovendringen i 2008 er imidlertid betydningen av at grensen på en tredel privat kapital ble overskredet. Tidligere var konsekvensen at konsesjonen ville bli omgjort fra tidsubegrenset til tidsbegrenset. Etter den någjeldende industrikonsesjonsloven er det derimot et krav til kraftselskapet at den private kapitalen og stemmene til enhver tid ikke overskrider en tredel. Dersom grensen for

⁹⁶ Jf. tidligere ikl. § 4 første ledd andre punktum.

⁹⁷ Søndringen mellom offentlige og private konsesjonærer kom inn i industrikonsesjonsloven gjennom lovendringen i 1959. Da ble § 2 nr. 17 andre ledd endret slik at et avgjørende kriterium for om et selskap kunne få ervervskonsesjon på ubegrenset tid var om selskapskapitalen for en overveiende del var eid av en eller flere kommuner. Deretter fulgte en ny lovendring i 1969 hvor rettssubjektet kommuner i § 4 ble pålagt konsesjonsplikt for erverv av vannfall. Etter forvaltningspraksis ble lovens kriterium «for den overveidende del» forstått slik at minst to tredeler av selskapet måtte være eid av kommuner eller fylkeskommuner, jf. ot. prp. nr. 82 (1991-1992) s. 12. Dersom en kommune eller fylkeskommune skulle komme til å selge mer enn en tredel av aksjene eller andelene i et kraftselskap, bortfalt retten til å inneha konsesjon på ubegrenset tid. I endringslov av 27. november 1992 nr. 119 ble «for den overveidende del» i § 4 endret til «minst to tredeler av kapitalen» i henhold til forvaltningspraksis. Se også Martinsen (2005).

privat eierskap ikke overholdes kan konsesjonsmyndighetene i ytterste konsekvens kreve vannfallsrettigheten overdratt til en konsesjonær som oppfyller kravet til offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd.⁹⁸

Den andre begrunnelsen for at grensen ble satt til minimum to tredeler offentlig eierskap henger sammen med eiernes rettigheter etter normalreglene i norsk selskapslovgivning. Det foreligger ingen eksplisitt terskel for i hvilket omfang privat deleierskap kan tillates for at en lovregulering som skal sikre offentlig eierskap er i samsvar med EØS-rettens krav til konsistent gjennomføring.⁹⁹ Etter innstillingens flertall var det avgjørende hvilke grenser som etter norsk selskapslovgivning gir majoritetseieren, i dette tilfellet de offentlige eierne, tilnærmet full kontroll over selskapet.¹⁰⁰ Hvis private rettssubjekter kunne ha ervervet mer enn en tredel av kapitalen og stemmene i et offentlig selskap som innehar konsesjonspliktige rettigheter, mente flertallet i innstillingen til Odelstinget at grunnet normalreglene i norsk selskapslovgivning, ville det være mer problematisk å argumentere for at EØS-rettens krav til konsistens var oppfylt.¹⁰¹

Dette skyldes at visse viktige selskapsbeslutninger enten krever endring av vedtektene eller samme flertall som for vedtektsendringer. Flertallskravet for vedtektsendring etter aksjeloven § 5-18 (1) krever «tilslutning fra minst to tredeler så vel av de avgitte stemmer som av den aksjekapital som er representert på generalforsamlingen».¹⁰² Også andre viktige selskapsbeslutninger krever samme flertall som for vedtektsendringer.¹⁰³ Det sies

⁹⁸ Jf. ikl. § 3 andre ledd jf. § 32. Se også kapittel 7 nedenfor.

⁹⁹ EFTA-domstolen uttalte ingenting konkret om dette. Under «Hjemfallsaken» fikk Norge støtte fra Kommisjonen på at to tredeler eierskap gir de offentlige eierne full kontroll, eller som Kommisjonen ordla seg, vil de offentlige eierne «effectively and unambiguously exercise ownership and control», jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 64. I EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i de forente sakene C-105/12 og C-107/12 var spørsmålet om offentlig eierskap til produksjon og distribusjon av kraft kunne være et legitimt hensyn for å begrunne restriksjoner på den frie bevegeligheten, men heller ikke i denne saken kom det noen uttalelser om terskelen for privat deleierskap.

¹⁰⁰ Jf. innst. O. nr. 78 (2007-2008) s. 6, og Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 63-64.

¹⁰¹ I sitt alternative lovforslag anførte mindretallet (Fremskrittspartiet og Høyre) at grensen for privat kapital burde være satt ved 49 prosent. Mindretallet hevdet at offentlig kontroll med vannkraftressursene opprettholdes ved 51 prosent offentlig eierandel i det enkelte kraftselskap, jf. innst. O. nr. 78 (2007-2008) s. 10.

¹⁰² Jf. lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (asl).

¹⁰³ Jf. asl. § 10-1 jf. § 2-2 (1) nr. 4 og § 13-3 (2).

derfor gjerne at innehavere av en tredel av kapitalen og stemmene har negativ kontroll siden en slik eierposisjon muliggjør blokkering av viktige selskapsbeslutninger.¹⁰⁴

En slik negativ kontroll hos en privat eier ble ansett for uforenelig med formålet med lovendringen i 2008 om å etablere et konsistent system for offentlig eierskap til vannfallsressursene som kan rettferdiggjøre inngrep i kapital- og etableringsfriheten.¹⁰⁵ Derfor ble ervervsgrensen for private rettssubjekter satt til en tredel.¹⁰⁶ Å forhindre private eiere fra en mulighet til å blokkere viktige selskapsavgjørelser, var altså sentralt for at grensen for offentlig eierskap ble satt til minimum to tredeler.¹⁰⁷ Dette hensynet til offentlig eierskap og kontroll, er i tillegg bakgrunnen for at lovgiver fant det nødvendig å innta et skjønnsmessig tilleggsvilkår om «reelt offentlig eierskap». Vilkåret blir behandlet grundig i kapittel 4 og 5 nedenfor.

Hensynet til offentlig kontroll over kraftselskapet forklarer hvorfor ordlyden krever at offentlig rettssubjekter innehar minst to tredeler av både «kapitalen og stemmene». Etter aksjelovgivningen er det adgang til å vedtektsfeste ulike aksjeklasser som fraviker utgangspunktet om at hver aksje gir lik rett i selskapet.¹⁰⁸ En mulighet er dermed en vedtektsbestemmelse med en inndeling i aksjer med og uten stemmerett. På denne måten kan en privat minoritetseier oppnå negativ kontroll i selskapet uten å inneha en tredel av aksjene. Dette ville vært uforenelig med formålet bak to tredeler-grensen om å sikre full offentlig kontroll over kraftselskapet. Derfor krever ikl. § 2 første ledd andre punktum at de offentlige eierne i selskapet må inneha minst to tredeler av både kapitalen og stemmene.

¹⁰⁴ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 35.

¹⁰⁵ Jf. inst. O. nr 78 (2007-2008) s, 2, 6 og 35.

¹⁰⁶ Det kan stilles spørsmålstegn om ervervsgrensen på en tredel i alle tilfeller sikrer de offentlige eierne fra at én eller flere private eiere kan blokkere viktige selskapsbeslutninger. Det gjelder intet krav til at et bestemt antall av aksjeeierne må være til stede under stemmeavgivningen. Hvis noen av de offentlige aksjonærene uteblir vil også aksjonærer som ikke innehar mer enn en tredel av aksjene kunne blokkere en beslutning. Jo nærmere en aksjonær kommer en tredel av aksjekapitalen, jo lettere vil vedkommende kunne komme i posisjon til å blokkere vedtektsendringer eller andre vedtak som krever to tredjedels flertall, jf. Rt 2013 s. 241 avsnitt 58, og R. 1999 s. 1682, jf. side 1692.

¹⁰⁷ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007 – 2008) s. 35 og flertallet i Innst. O. nr. 78 (2007-2008) s. 2 og 6.

¹⁰⁸ Jf. asl. § 4-1 (1) andre punktum.

3.3.2 Privat eierskap i bakenforliggende selskaper og vilkåret om to tredeler offentlig eierskap

Tolkningen av minimumsvilkåret om to tredeler offentlig eierskap skaper i utgangspunktet få uklarheter. Noe kompliserende er situasjonen likevel der hvor et vannfalleiende selskap igjen eies av et eller flere bakenforliggende selskaper som har varierende eiersammensetning hva gjelder offentlig og privat andel av kapitalen og stemmene. Spørsmålet er hvordan private eierandeler i slike bakenforliggende selskaper skal vurderes etter vilkåret om minimum to tredeler offentlig andel av kapitalen og stemmene i selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter.

Konsesjon kan gis der hvor offentlige aktører «..direkte eller indirekte innehar to tredeler av kapitalen og stemmene..», jf. ikl. § 2 første ledd andre punktum. Det er naturlig å tolke begrepet «indirekte» slik at det sikter til bakenforliggende selskaper som har en eierandel i selskapet som har fått tildelt konsesjon. Lovens ordlyd gjenspeiler betraktningene i forarbeidene om at den samlede matematiske eierinteressen til private rettssubjekter er det avgjørende kriterium. Lovbestemmelsen må altså forstås slik at vilkåret om to tredeler direkte og indirekte offentlig eierskap ikke vil være oppfylt dersom den samlede private eierandelen utgjør mer enn en tredel.

Dette er en endring av tidligere rettstilstand. Forut for lovendringen i 2008 var det såkalte «blokkprinsippet» fast konsesjonspraksis.¹⁰⁹ Etter blokkprinsippet ble eiersammensetningen i hvert av de bakenforliggende selskaper i en lengre eierkjede gjennomgått i relasjon til to tredeler-kravet. Hvis det umiddelbart bakenforliggende selskapet tilfredsstilte kravet om to tredeler offentlig eierandel, anså man dette selskaps eierandel i det underliggende selskap som offentlig i sin helhet. Tilsvarende krav gjelder for eierskap bakover i flere ledd.¹¹⁰

Her er et eksempel som illustrerer innholdet i blokkprinsippet: Et vannfalleiende aksjeselskap, «Kulturkraft AS», har to eiere, henholdsvis kommunens aksjeselskap

¹⁰⁹ Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 36.

¹¹⁰ Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 36.

«Kommunekraft AS» og det privateide aksjeselskapet «Privat Kapital AS». «Kommunekraft AS» eier 2/3 av aksjene i «Kulturkraft AS», mens «Privat Kapital AS» eier 1/3.

Kommunekraft AS er imidlertid ikke fullt ut eid av kommunen. Morselskapet til «Privat Kapital AS», «Privat Kapital Holding AS» innehar en aksjepost på 1/3 i «Kommunekraft AS». Samlet sett vil den private eierandelen, direkte og indirekte, i det vannfalleiende aksjeselskapet «Kulturkraft AS» overskride 2/3. Etter vurderingsmetoden som blokkprinsippet foreskrev ville et slikt eierskap likevel ha blitt akseptert. Så lenge den offentlige eierandelen i det umiddelbart bakenforliggende selskapet utgjorde 2/3, ble selskapet regnet for offentlig i sin helhet.

Blokkprinsippet medførte ikke at private aktører kunne oppnå negativ kontroll i et bakenforliggende selskap, ettersom eiergrensen var satt til en en tredel for hvert selskapsledd i eierkjeden. Men samlet sett kunne en privat eier gjennom eierkjeder inneha mer enn en tredel av aksjene i et kraftselskap med konsesjonspliktige vannfallsrettigheter. Siden hver aksje i utgangspunktet gir lik rett til utbytte, kunne en privat minoritetseier inneha en eierpost høyere enn en tredel, og dermed rett til en større andel av utbyttet fra selskapet med konsesjonspliktige vannfallsrettigheter, uten at kraftselskapet med konsesjonspliktige vannfallsrettigheter falt inn under de ufordelaktige konsesjonsvilkårene for private eiere med tidsbegrensning etter dagjeldende bestemmelser i industrikonsesjonsloven.¹¹¹

I forarbeidene er det uttalt at den gamle vurderingsmetoden etter blokkprinsippet ikke var i samsvar med formålet om offentlig eierskap til vannkraftressursene. Dette fordi det muliggjorde selskapsstrukturer hvor private eieres samlede eierinnslag var høyere enn en tredel.

¹¹¹ Jf. dagjeldende ikl. § 4 og § 5 fjerde ledd nr. 1.

Etter departementets vurdering ville «en videreføring av blokkprinsippet gi muligheter til omgåelser og utvanning av eierskapet som ikke vil være i samsvar med formålet om et reelt offentlig eierskap til vannkraftressursene». ¹¹² Følgelig ble blokkprinsippet fraveket til fordel for en ny vurderingsmetode for eierkjeder da loven ble endret i 2008. Etter gjeldende rett kan den samlede private eierinteressen utgjør inntil en tredel.

Lovendringens betydning kan illustreres gjennom et eksempel: Et vannfalleiende aksjeselskap, «Vannfall AS», kan ha én eier, «Offentlig Privat Holding AS». Dette selskapet kan igjen ha to eiere, henholdsvis kommunens aksjeselskap «Offentlig AS» og det privateide aksjeselskapet «Privat Datter AS». «Offentlig AS» eier to tredeler av aksjene, mens «Privat Datter AS» har en aksjepost på en tredel. En slik struktur med bakenforliggende selskaper som innehar eierandeler i et vannfalleiende selskap vil i utgangspunktet være i samsvar med industrikonsesjonslovens § 2 første ledd andre punktum.

Situasjonen stiller seg annerledes dersom kommunens aksjeselskap «Offentlig AS» har en privat minoritetseier. For eksempel kan «Privat Datter AS»' morselskap «Privat Holding AS» eie 1/10 av aksjene i «Offentlig AS». Da vil de private eierne gjennom «Privat Datter AS» ha 1/3 eierskap til Vannfall AS, samt 1/15 eierskap gjennom Privat Holding AS' aksjepost i Offentlig AS. Den samlede private eierandelen til vil dermed utgjøre 6/15, altså mer enn 1/3. Etter blokkprinsippet ville det konsesjonspliktige kraftselskapet være å anse som offentlig etter dagjeldende bestemmelser i industrikonsesjonsloven. Etter gjeldende rett er situasjonen det motsatte. En eierkjede hvor den totale private eierandelen overskrider en tredel oppfyller ikke industrikonsesjonslovens vilkår om to tredeler direkte og indirekte offentlig eierskap.

¹¹² Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 37.

3.4 Hvilke rettssubjekter oppfyller kravet til offentlige eiere i vannfalleiende selskaper?

3.4.1 Statsforetak, kommuner og fylkeskommuner

Erverv av eierandeler i offentlige vannkraftselskaper kan bare tillates, såfremt to tredeler av kapitalen og stemmene tilhører rettssubjekter som oppfyller industrikonsesjonslovens krav til offentlige eiere. Tett forbundet med to tredeler-grensen, er derfor spørsmålet om hvilke rettssubjekter som oppfyller industrikonsesjonslovens krav til offentlige eiere i offentlige selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter.

Private rettssubjekter kan kun erverve andeler i selskap, foretak, lag eller sammenslutning hvor to tredeler av kapitalen og stemmene direkte eller indirekte er «eid av et statsforetak eller en eller flere kommuner eller fylkeskommuner», jf. ikl. § 2 første ledd andre punktum. Ordlyden i bestemmelsen utpeker altså tre rettssubjekter som oppfyller industrikonsesjonslovens krav til offentlige eiere i offentlige kraftselskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter. Fellesnevneren for de tre offentlige rettssubjektene etter ikl. § 2 første ledd andre punktum er at private rettssubjekter ikke kan erverve eierandeler i dem.¹¹³ Private rettssubjekter har kun adgang til å erverve eierandeler i «datterselskaper» eid av statsforetak eller én eller flere kommuner eller fylkeskommuner

Konsekvensen av dette er at aksje- eller allmennaksjeselskaper helt eller delvis i offentlig eie faller utenfor ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punkt. I slike selskaper er ikke det offentlige eierskapet organisert gjennom et statsforetak eller én eller flere kommuner eller fylkeskommuner.¹¹⁴ Begrunnelsen må formentlig være at det for slike selskaper ikke foreligger noen garanti i lovs form som sikrer at den offentlige eierandelen forblir to tredeler av aksjene eller høyere i det bakenforliggende offentlige rettssubjektet. Slike selskaper vil da ikke kunne få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall. De vil

¹¹³ Jf. lov om statsforetak av 30. august 1991 nr. 71 (Statssel.) § 1.

¹¹⁴ Jf. Statoil ASA hvor Staten per dags dato eier 67 prosent av aksjene. Et annet eksempel er Hydro hvor staten eier litt mer enn 34 prosent av aksjene. Selskapet innehar i dag betydelige konsesjonspliktige vannfallsressurser. Dersom staten skulle kjøpe seg opp til to tredeler av aksjene i selskapet ville det fremdeles være å anse som privat etter industrikonsesjonsloven.

dermed ha status som «privat» etter industrikonsesjonsloven, og dermed ha rett til å erverve aksjer i vannfalleiende selskaper etter reglene i ikl. § 36.

3.4.2 Rettslig status til offentlige særlovselskaper etter industrikonsesjonsloven

Foruten aksje- og allmennaksjeselskaper, eier den norske stat en rekke særlovsselskaper og selveiende formuesmasser som ikke er omfattet av ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punktum.¹¹⁵ Som allerede redegjort for ovenfor, er ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punktum klar. Statsforetak, kommuner og fylkeskommuner er de offentlige rettssubjekter som kan eie to tredeler av den offentlige eierandelen i et selskap som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter. En naturlig tolkning av bestemmelsen er da at andre offentlige rettssubjekter ordlyden ikke omfatter, vil ha status som private eiere etter industrikonsesjonsloven.

Spørsmålet er om det likevel vil kunne være adgang til en utvidende tolkning av bestemmelsen, slik at særlovselskaper og andre selveiende formuesmasser i fullt ut offentlig eie som faller utenfor bestemmelsens ordlyd, like fullt oppfyller kravet til offentlige eiere etter industrikonsesjonsloven § 2 første ledd andre punktum.

I Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) blir det ikke foretatt noen bred vurdering av hvilke rettssubjekter som skal gis status som offentlig eiere etter industrikonsesjonsloven. En slik vurdering foreligger derimot delvis i innst.O.nr.105 (2008-2009). På side 2 blir spørsmålet om Finnmarkseiendommens status etter industrikonsesjonsloven drøftet:

«Dersom det åpnes for å gi andre rettssubjekter samme status som dagens offentlige eiere etter industrikonsesjonsloven, kan det undergrave det offentlige eierskapet og

¹¹⁵ Tre eksempler er Finnmarkseiendommen jf. lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke av 17. juni 2005 nr. 85 (Finnmarksloven), Opplysningsvesenets fond, jf. Lov om Opplysningsvesenets fond av 7. juni 1996 nr. 33 og Folketrygdfondet, jf. lov om Folketrygdfondet av 29. juni 2007 nr. 44.

konsolideringsmodellen. Finnmarkseiendommen gis ikke status som offentlig eier etter industrikonsesjonsloven.»

Uttalelsen retter seg i utgangspunktet mot Finnmarkseiendommen, et selveiende rettssubjekt regulert i egen lov.¹¹⁶ De lovregler som regulerer Finnmarkseiendommen har en rekke særtrekk som følge av den samiske befolkningen i området og Norges forpliktelser etter folkerettens regler om urfolk og minoriteter, jf. finnmarksloven §§ 1 til 5. Dette taler for at det vanskelig kan trekkes noen klare slutninger ut fra forarbeidenes stillingstakende til Finnmarkseiendommen for andre særlovsselskaper.

Dessuten, uttalelsene i innst. O. nr. 105 om hvilke rettssubjekter inkl. § 2 første ledd andre punktum omfatter, må i denne sammenheng anses for etterarbeider. Innstillingen er en del av lovendringen knyttet til utleie av kraftverk som kom i etterkant av den større lovendringen i 2008. Generelt sett er etterarbeiders rettskildevækt gjerne begrenset etter norsk rettskildelære¹¹⁷ Noen vesentlig betydning spiller uansett neppe sontringen mellom forarbeider og etterarbeider her. Uttalelsen signaliserer lovgivers frykt for at dersom andre offentlige rettssubjekter enn de ordlyden omfatter får status som offentlige eiere etter industrikonsesjonsloven, kan det undergrave hele intensjonen bak lovendringen i 2008 om å utforme et helhetlig system for offentlig eierskap i samsvar med EØS-rettens krav til konsistens.

Det klare utgangspunkt må på denne bakgrunn være at kun de offentlige rettssubjektene som er positivt angitt i inkl. § 2 første ledd andre punktum, oppfyller kravet til offentlige eiere i offentlige vannkraftselskaper. Offentlige rettssubjekter som faller utenfor ordlyden vil dermed ha status som private eiere.

¹¹⁶ jf. finnmarksloven § 6.

¹¹⁷ Jf. Eckhoff (2000) s. 96-97, med henvisning til avgjørelser fra Høyesterett hvor etterarbeiders rettskildevækt har vært et aktuelt spørsmål for lovtolkningen.

Spørsmålet er likevel om det finnes unntak fra dette klare utgangspunktet. Særlovsselskaper som fullt ut er i offentlig eie vil ikke undergrave konsolideringsmodellen formål om et konsistent system for offentlig eierskap til vannkraftproduksjonen.

Et aktuelt tilfelle er Folketrygdfondet.¹¹⁸ I henhold til dagens regelverk kan Folketrygdfondet bare investere i selskaper som er notert på regulert markedsplass i Norge, Sverige, Danmark eller Finland, eller som har en uttrykt intensjon om børsnotering.¹¹⁹ Regjeringen utreder imidlertid i disse dager hvorvidt Folketrygdfondet bør kunne investere i unoterte aktiva som eiendom og infrastruktur, noe som kan åpne erverv av eierandeler i offentlige vannkraftselskaper.¹²⁰ Dette reiser spørsmålet om Folketrygdfondet oppfyller kravet til offentlig eier etter ikl. § 2 første ledd?

Folketrygdfondet er et særlovsselskap som forvalter Statens pensjonsfond Norge etter mandater fastsatt av Finansdepartementet.¹²¹ Fondet er et eget rettssubjekt.¹²² Staten eier folketrygdfondet alene,¹²³ men hefter ikke for dets forpliktelser.¹²⁴

Det er helt på det rene at Folketrygdfondet etter industrikonsesjonsloven kan erverve andeler innenfor grensen på en tredel for private rettssubjekter, jf. ikl. § 2 første ledd andre punktum. Den eneste hindringen for at dette ikke er aktuelt skyldes den någjeldende reguleringen av Folketrygdfondets forvaltningsmandat, jf. forskriften §§ 3-1 til 3-6. En

¹¹⁸ Børsnotering er vanskelig for kraftselskapene som følge av vilkårene om offentlig eierskap i ikl. § 2 første ledd andre punktum, jf. børsforskriften § 4 (1) og (4) jf. § 6. Dermed har kraftselskapene mindre muligheter enn andre norske industriselskaper til å innhente ekstern kapital for finansiering av nye prosjekter. En gruppe kraftselskaper har av denne grunn tatt til orde for at Folketrygdfondet bør kunne investere i vannkraftselskaper, for slik å bedre selskapenes mulighet til å få kapitalsterke eiere inn på eiersiden, Jf. brev av 22. februar 2011 fra Agder Energi AS, BKK AS, Eidsiva Energi AS, Lyse Energi AS, Nord-Trønderlag Elektrisitetsverk AS og Troms Kraft AS til Finansdepartementet, og departementets svarbrev av 25. mars 2011 (ref. 11/987 EEr). Forslaget fikk støtte fra partiet Høyre, Jf. skriftlig spørsmål fra stortingsrepresentant Gunnar Gundersen (Høyre) til finansministeren innlevert 14. desember 2012 (dokument nr. 15:510 2012-2013).

¹¹⁹ jf. forskrift av 21. desember 2010 om mandat for forvaltningen av Statens pensjonsfond Norge.

¹²⁰ Jf. finansministerens tale på Finansnæringens dag 8. april 2014.

¹²¹ Jf. lov om Folketrygdfondet § 1 jf. lov om Statens pensjonsfond § 2 tredje ledd jf. § 7 og tilhørende forskrift.

¹²² Jf. Lov om Folketrygdfondet § 2.

¹²³ Jf. Lov om Folketrygdfondet § 3

¹²⁴ Jf. Lov om Folketrygdfondet § 7 jf. lov om Statens pensjonsfond § 6.

annen problemstilling gjør seg imidlertid gjeldende. Spørsmålet er om Folketrygdfondet kan erverve aksjer i et selskap som allerede har en privat eier, slik at Folketrygdfondet og den private eierens samlede eierandel overskrider en tredel. En slik eierkonstellasjon krever at Folketrygdfondet oppfyller kravet til offentlig eier etter ikl. § 2 første ledd andre punktum.

Folketrygdfondet er ikke et foretak organisert etter lov om statsforetak. Fondet er derimot et særlovselskap opprettet i kraft av lov om Folketrygdfondet. Utgangspunktet for lovtolkningen skulle da være klar. Folketrygdfondet er ikke et statsforetak og faller dermed utenfor de rettssubjektene som oppfyller kravet til offentlig eier i kraftselskaper etter ikl. § 2 første ledd andre punktum. Spørsmålet er likevel om det her bør tas til orde for en utvidende tolkning av industrikonsesjonsloven. Med utvidende tolkning menes her at lovteksten gis en videre anvendelse enn hva lovteksten skulle tilsi.¹²⁵

Vekten til andre rettskildefaktorer enn lovteksten vil være avgjørende for spørsmålet om det her bør aksepteres at «statsforetak» i ikl. § 2 første ledd andre punktum kan tolkes utvidende. For det første kan det vises til at Folketrygdfondet som heleid statlig rettssubjekt overhodet ikke vil undergrave det offentlige eierskapet til vannkraften. Videre kan det fremheves at forvaltningen av Statens pensjonsfond gjennom Folketrygdfondets overordnede formål er å understøtte statlig sparing for finansiering av folketrygdens pensjonsutgifter.¹²⁶ Et slikt lovformål harmonerer godt med Industrikonsesjonslovens egen formålsbestemmelse som slår fast at Norges vannkraftressurser tilhører og skal forvaltes til beste for allmennheten gjennom spredt offentlig eierskap.¹²⁷ Det er altså for begge lover et uttalt formål om langsiktig forvaltning av landets ressurser til felleskapets beste.

Slike formålsbetraktninger kan likevel ikke være utslagsgivende her. Det foreligger overhodet ingen tolkningstvil knyttet til hva «statsforetak» omfatter. Ordlyden henviser her til lov om statsforetak som kun gjelder for foretak som eies av staten alene, og som Kongen

¹²⁵ Andenæs (2009), s. 33.

¹²⁶ Jf. Lov om Statens pensjonsfond § 1 §1-1 (2) og lov om Folketrygdfondet § 1.

¹²⁷ Jf. ikl. § 1 første ledd.

har bestemt at loven skal gjelde for.¹²⁸ Dette må være det avgjørende argumentet mot at en utvidende tolkning kan aksepteres her. Til støtte for et slikt syn kan det også vises til at industrikonsesjonsloven regulerer et politisk omstridt område av utpreget positivrettslig karakter.¹²⁹ Utgangspunktet for industrikonsesjonsloven må følgelig være at det er en uttømmende regulering av hvem som kan få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall. Utvidende fortolkninger av lovens bestemmelser vil det i utgangspunktet ikke være rom for, såfremt ikke en slik tolkning vil være nødvendig for å realisere vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Konklusjonen er at kun de offentlige rettssubjektene som er positivt angitt i ikl. § 2 første ledd andre punktum, oppfyller kravet til offentlige eiere i offentlige vannkraftselskaper. Offentlige rettssubjekter som faller utenfor ordlyden, herunder Folketrygdfondet, vil dermed ha status som private rettssubjekter etter industrikonsesjonsloven.¹³⁰ De vil da kun ha adgang til å erverve eierandeler i vannfalleiende selskaper etter reglene for private rettssubjekter.

En endring av Folketrygdfondets investeringsunivers kan komme til å bli en realitet. I så fall oppstår spørsmålet om industrikonsesjonsloven *bør* endres slik at fondet får rettslig status som offentlig etter industrikonsesjonsloven. Noen omfattende drøftelse av et slikt

¹²⁸ Jf. lov om statsforetak § 1 jf. § 7.

¹²⁹ Der hvor lovgivningen regulerer områder med sterk politisk uenighet og/eller som regulerer rettsområder hvor partenes behov for forutberegnelighet gjør seg særlig sterkt gjeldende, anses gjerne for positivrettslig, altså en uttømmende regulering, jf. uttalelsen på side 650 i Rt. 1997 s. 645.

¹³⁰ Opplysningsvesenets fond (OVF) er et rettssubjekt opprettet ved lov om Opplysningsvesenets fond av 7. juni 1996 nr. 33. Drøftelsen ovenfor er også relevant for dette fondet. Det består av det "Geistligheden beneficerede Gods og seinare tileigna eller tillagde eigedommar og kapital", jf. § 1. Loven skal sikre at fondet kommer "Den norske kyrkje til gode og at verdiane blir bevarte og gir avkastning i samsvar med Grunnlova § 106. Fondet er et selvstendig rettssubjekt og forvaltes av Kongen, jf. §§ 3 og 4. De senere år har OVF satset på å realisere kraftpotensialet på fondets grunn. Satsningen gjøres gjennom det heleide datterselskapet Clemens Kraft. Foreløpig har satsningen utelukkende vært rettet mot småkraftprosjekter. Som et heleid rettssubjekt opprettet ved særlov og underlagt direkte statlig styring har OVF og Folketrygdfondet mange likhetstrekk. Det er vanskelig å identifisere andre forhold ved OVF som skulle tilsi at dets rettslige status etter industrikonsesjonsloven må være ulik Folketrygdfondets. Konklusjonen er altså at OVF har status som privat rettssubjekt etter industrikonsesjonsloven. Annerledes stiller det seg imidlertid dersom OVF bygger ut et råfall det allerede eier. I et slikt tilfelle forekommer det i utgangspunktet intet erverv av eiendomsrett til vannfall. Dermed kommer heller ikke industrikonsesjonsloven til anvendelse. Se for øvrig punkt 6.5.2 nedenfor.

politisk spørsmål er det ikke rom for her. Her skal kun bemerkes at den vesentligste rettslige skranken for eventuelle endringer av industrikonsesjonsloven er EØS-rettens krav om at formålet om offentlig eierskap må være konsistent gjennomført for å kunne tjene som legitim begrunnelse for restriksjoner på kapital- og etableringsfriheten. Ettersom Folketrygdfondet er et særlovselskap fullt ut eid av staten, vil fondet ikke kunne undergrave vilkåret om reelt offentlig eierskap. EØS-retten oppstiller følgelig ingen rettslig skranke for en lovendring hvor Folketrygdfondet inntas som ytterligere ett offentlig rettssubjekt som oppfyller kravet til offentlig eier etter ikl. § 2 første ledd andre punktum.¹³¹

3.5 Oppsummering

Gjennomgangen i kapittelets punkt 3.2 har vist at eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum oppstiller vesentlige rettslige skranker for erverv av eierandeler i offentlige kraftselskaper. Vilkårene er bestemmende både for om et kraftselskap kan få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall, og om rettssubjekter kan få konsesjon til erverv av selskapsandeler i kraftselskaper. Videre følger det av ikl. § 3 at eierskapsvilkårene også må være oppfylt ved ikke-konsesjonspliktige endringer av organiseringen i offentlige kraftselskaper, noe som forhindrer private minoritetseiere fra å kunne sikre seg en eierandel utover en tredel gjennom konsesjonsfrie aksjeerverv eller på en annen måte oppnå kontroll over selskapet i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

I punkt 3.3 var temaet vilkåret om at offentlig eiere må inneha to tredeler av kapitalen og stemmene i kraftselskaper. I punkt 3.3.1 redegjorde jeg for hvorfor grensen ble satt ved to tredeler av kapitalen og stemmene. Dels bygger to tredeler-grensen videre på industrikonsesjonslovens tidligere regulering. Viktigere er nok likevel formålet om å sikre de offentlige eierne full kontroll over forvaltningen av kraftselskaper som måtte inneha private minoritetseiere, for slik å sikre EØS-rettens krav til konsistens. Grensen ble satt til to tredeler offentlig eierskap som følge av normalreglene i norsk aksjeselskapslovgivning

¹³¹ Det samme vil gjelde for Opplysningsvesenets fond.

hvor en slik eierandel sikrer flertall for viktige selskapsbeslutninger som blant annet vedtektsendringer.

Hvilke rettssubjekter som oppfyller industrikonsesjonslovens krav til offentlige eiere i selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter, var temaet i punkt 3.4. Her redegjorde jeg for at ordlyden kun omfatter statsforetak, kommuner og fylkeskommuner under punkt 3.4.2. Lovens klare utgangspunkt er følgelig at erverv av eierandeler i offentlige kraftselskaper, krever at ett eller flere av disse tre offentlige rettssubjektene innehar to tredeler av kapitalen og stemmene. Rettssubjekter organisert som aksjeselskaper eller andre privatretslige selskapsformer vil dermed ikke oppfylle kravet til offentlige eiere etter ikl. § 2 første ledd andre punktum, uavhengig av om de helt eller delvis er i offentlig eie.

I kapitelets siste punkt drøftet jeg hvorvidt offentlige særlovsselskaper som ikke er omfattet av ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punktum, men som like fullt er hundre prosent offentlig eid, oppfyller kravet til offentlige eiere etter industrikonsesjonsloven. Konklusjonen var at ordlyden i bestemmelsen må tolkes uttømmende. Alle andre offentlig eide rettssubjekter enn de som positivt er angitt i bestemmelsen, vil ha status som private rettssubjekter etter industrikonsesjonsloven. De særlovsselskaper dette gjelder, vil dermed bare kunne erverve eierandeler i selskaper med begrenset ansvar etter ikl. § 36, innenfor rammen av vilkårene om offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd andre punktum.

4 Vilkår om reelt offentlig eierskap: Hvilke forhold kan være relevante for vurderingen?

4.1 Innledning

Foruten å kreve at to tredeler av kapitalen og stemmene i kraftselskaper er eid av et statsforetak eller én eller flere fylkeskommuner, oppstiller ikl. § 2 første ledd andre punktum et skjønnsmessig tilleggsvilkår om at organiseringen i selskapet må være slik at det «åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap». Som allerede redegjort for ovenfor, må

alle de tre vilkårene i inkl. § 2 første ledd andre punktum være oppfylt for at et privat rettssubjekt skal kunne erverve eierandeler i et offentlig vannkraftselskap.¹³² Det skjønnsmessige vilkåret om reelt offentlig eierskap skaper flere tolkningsspørsmål, noe som er temaet i dette og neste kapittel. Av hensynet til en ryddig fremstilling er det hensiktsmessig å dele opp den materielle drøftelsen av vilkåret i to kapitler. Hovedproblemstillingen i dette kapittelet er *hvilke* forhold som kan være relevante for vurderingen av vilkåret om reelt offentlig eierskap. Avklaring av dette tolkningsspørsmålet er en viktig forutsetning for hovedproblemstillingen i kapittel 5. Der drøfter jeg *hva* som kan fastsettes i vedtekter, aksjonæravtaler eller lignende innenfor rammen av vilkåret om reelt offentlig eierskap.

4.2 Hvilke forhold kan være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap?

4.2.1 Vedtekter, aksjonæravtaler eller lignende

Utgangspunktet er at de offentlige eierne i et kraftselskap vil ha full kontroll over selskapsbeslutninger så lenge hovedvilkåret om to tredeler offentlig eierskap er oppfylt. Gjennom vedtekter, aksjonæravtaler eller lignende kan private eiere oppnå større innflytelse i selskapet enn hva eierandelen skulle tilsi.¹³³ Lovgiver ønsket ikke at private minoritetseiere skulle kunne utøve negativ kontroll i selskapet. Derfor er det inntatt et skjønnsmessig tilleggsvilkår om at organiseringen i offentlige selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter må være slik ”at det åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap”. Bakgrunnen for å innta et slikt skjønnsmessig vilkår henger sammen med kravet til etablering av et konsistent system for offentlig eierskap som begrunnelse for restriksjoner på den frie bevegeligheten. Bestemmelsen ble ansett for nødvendig for å sikre at de offentlige kraftselskapseierne har full kontroll over vannfallsressursene.¹³⁴

¹³² Jf. inkl. § 36 åttende ledd og 3.

¹³³ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007 – 2008) s. 36.

¹³⁴ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007 – 2008) s. 36.

Ordlyden i vilkåret om «reelt offentlig eierskap» er vag. Derfor oppstår spørsmålet om hvilke forhold som kan være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Etter ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punktum er det et krav om at «organiseringen er slik at det åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap». Ut i fra den språklige sammenhengen er det naturlig å tolke «organiseringen» slik at det her siktes til selskapsorganiseringen. Foruten selskapslovgivningen er vedtektene i det enkelte selskap en viktig del av organiseringen.¹³⁵ Også “aksjonæravtaler” kan ha betydning for et selskaps organisering. Begrepet “aksjonæravtale” har ingen entydig definisjon. I juridisk teori er aksjonæravtale løselig blitt definert som “avtale mellom aksjonærer eller aksjonær og tredjemann som inneholder bestemmelser om selskapet som partene forplikter seg til å følge”.¹³⁶ Innholdet i aksjonæravtaler varierer betydelig. Et typisk fellestrekk er imidlertid at avtalen innebærer en plikt for én eller flere av aksjonærene til å avgi sin stemme slik at den avtalte ordning blir gjennomført selskapsrettslig.¹³⁷

En aksjonæravtale angår som hovedregel ikke selskapet. En selskapsbeslutning er gyldig selv om den måtte innebære et mislighold av en aksjonæravtale.¹³⁸ Slike avtaler vil imidlertid kunne få selskapsrettslig betydning der vedtektene endres i tråd med hva en aksjonæravtale foreskriver, eller ved at aksjonærer som er part i avtalen avgir stemmer i tråd med dens bestemmelser.¹³⁹ Aksjonæravtaler kan altså være bestemmende for aksjonærenes rådighet over selskapet. Av denne grunn må også aksjonæravtaler sies å utgjøre en del av “organiseringen” som kan være av betydning for hvorvidt vilkåret om reelt offentlig eierskap er oppfylt.

¹³⁵ For aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper utgjør vedtektene en obligatorisk del av selskapets stiftelsesgrunnlag, jf. asl. og asal. § 2-1 første ledd andre punktum jf. § 2-9.

¹³⁶ Jf. Andenæs (2006) s. 57.

¹³⁷ Jf. Andenæs (2006) s. 57.

¹³⁸ Jf. Andenæs (2006) s. 62. Visse unntak gjelder likevel, jf. blant annet asl. og asal. § 1-3 (2). For videre lesning se Knudsen (2009) s. 21.

¹³⁹ Jf. Andenæs (2006) s. 62.

En slik tolkning av bestemmelsen har støtte i forarbeidene. Der blir det påpekt at det vil være relevant «.. å vurdere om det foreligger vedtektsbestemmelser, aksjonæravtaler eller lignende som ikke er i samsvar med reelt offentlig eierskap».¹⁴⁰ Formålet med det skjønnsmessige vilkåret om reelt offentlig eierskap var nettopp å gi forvaltningen kompetanse til å vurdere andre relevante forhold i tillegg til det absolutte minstekravet om at to tredeler av kapitalen og stemmene direkte eller indirekte tilhører kommune, fylkeskommune eller statsforetak.¹⁴¹ Bestemmelser i vedtekter og aksjonæravtaler kan modifisere utgangspunktet for hvordan økonomiske- og forvaltningsmessige rettigheter er fordelt etter eierandeler i selskapslovgivningen.¹⁴² En fri adgang til slike modifikasjoner ville kunne uthule regelen om at private rettssubjekter bare kan inneha en tredel av stemmene og kapitalen. Derfor er det naturlig at slike disposisjoner er omfattet av “organiseringen” etter ikl. § 2 første ledd andre punktum.

Spørsmålet blir så hvorvidt andre disposisjoner enn vedtekter, aksjonæravtaler eller kan være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap.

I forarbeidene er det uttalt at foruten vedtekter eller aksjonæravtaler, vil «eller lignende» også kunne inngå i prøvingen av eierskapet.¹⁴³ Hva som her er ment med «eller lignende» er ikke opplagt. Generelt sett er det mindre rom for rene ordlydsfortolkninger av forarbeidene enn hva som er tilfellet for lovtekst.¹⁴⁴ Språklige formuleringer i forarbeidene er ikke like gjennomarbeidede og veloverveide slik tilfellet er for lovtekster. Forarbeidenes vaghet med hensyn til hva som her er ment med «eller lignende» reduserer i utgangspunktet vekten av uttalelsen i det konkrete lovtolkningsspørsmålet.

På den annen side er vilkåret om reelt offentlig eierskap skjønnsmessig. Bestemmelsens ordlyd er utformet for å kunne fange opp uønskede tilpasninger og uthuling av det offentlige eierskapet. Når det i forarbeidene vises til at også «eller lignende» forhold kan

¹⁴⁰ Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 36.

¹⁴¹ Jf. ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 36, og flertallet i innst. O. nr. 78 (2007-2008) s. 6.

¹⁴² For vedtekter kan det blant annet vises til asl. §§ 4-1 (1), 5-17 (3) og (5-18 (3)).

¹⁴³ Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 36.

¹⁴⁴ Andenæs (2009) s. 44.

være aktuelle for prøvingen av vilkåret, så er det nærliggende å anta at lovgiver ønsket å markere at bestemmelsen favner vidt. Samtidig var det neppe hverken praktisk mulig eller hensiktsmessig å konkretisere hvilke forhold som kan være relevante for vurderingen.

Videre vil formålsbestemmelsen i § 1 også måtte tillegges vekt ved tolkningen av bestemmelsen.¹⁴⁵ For å sikre at formålet oppfylles kan dette tale for en «funksjonell» tolkning av inkl. § 2 første ledd andre punktum. Slike formålsbetraktninger kan tale for at bestemmelsen tolkes slik at den fanger opp mulige tilpasninger, også disposisjoner som er noe mindre naturlig å anse for en del av selskapets organisering, og dermed realiserer formålet om offentlig eierskap. Den språklige vagheten i bestemmelsen tilsier at en slik lovtolkning lar seg gjøre innenfor ordlydens grenser, altså uten at det her blir tale om utvidende lovtolkning.

Formålsbestemmelsen i industrikonsesjonsloven henger tett sammen med «Hjemfallsaken» og EØS-rettens krav til konsistent gjennomføring av det uttalte formålet om offentlig eierskap. Formålsbestemmelsen ble inntatt i loven nettopp for å tilkjenne industrikonsesjonslovens formål og dermed eliminere tidligere uklarheter.¹⁴⁶ Det er i forarbeidene antatt at privat deleierskap vil være i samsvar med EØS-rettens krav til konsistens, så lenge de offentlige eierne innehar full kontroll over vannfallsressursene selskapet innehar.¹⁴⁷ For å sikre at de offentlige eierne innehar full kontroll over selskapet slik at industrikonsesjonsloven blir tolket i tråd med EØS-rettens krav til konsistens, taler det for at også andre forhold enn vedtekter og aksjonæravtaler kan inngå i vurderingen av hvorvidt organiseringen er slik at det åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap.

¹⁴⁵ Jf. også Ot. Prp. 61 (2007-2008) s. 34, hvor det i kommentar til den nye formålsbestemmelsen uttales at det «overordnede mål er å sikre og ivareta at vannkraften er under et reelt offentlig eierskap. Dette formålet tillegges avgjørende vekt ved forvaltningen av industrikonsesjonsloven». Se også s. 72, hvor det om formålsbestemmelsen presiseres at foruten «.. å tilkjenne og synliggjøre lovens hovedformål vil bestemmelsen kunne få en betydning ved tolking og anvendelse av de andre bestemmelsene i loven».

¹⁴⁶ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 34 og 72.

¹⁴⁷ Jf. innst. O. nr. 78 (2007-2008) s. 6 og Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 63-64.

Spørsmålet blir dermed hvilke andre disposisjoner som kan være aktuelle. Dette er temaet i de to påfølgende punktene. I punkt 4.2.2 og 4.2.3 drøfter jeg hvorvidt henholdsvis kontraktsforpliktelser og faktiske forhold kan være relevant for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap.

4.2.2 Kan kontraktsforpliktelser være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap?

Spørsmålet her er hvorvidt kontraktsforpliktelser som selskaper med konsesjonspliktige vannfallsrettigheter eller dets offentlige eiere inngår med private rettssubjekter, kan være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Utgangspunktet for spørsmålet beror på en tolkning av ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punktum. Bestemmelsen legger opp til en skjønnsmessig vurdering av selskapets organisering. Kontraktsforpliktelser er i utgangspunktet ikke ansett for å være en del av selskapets organisering. Sondringen i selskapsretten er klar. Det går et prinsipielt skille mellom eierne av et selskap, og de organisatoriske og økonomiske rettigheter disse har i selskapet, kontra de avtalefestede rettigheter som tilligger en kontraktsmotpart til selskapet eller dets eiere. Kontraktpartene har de rettigheter som tilkommer partene i avtalen, ikke de selskapsrettslige rettigheter og plikter som gjelder mellom selskap og aksjonær.¹⁴⁸

På den andre siden antyder ordlyden at det skal skje en konkret helhetsvurdering av eierforholdene i selskapet, noe som trekker i retning av at også andre forhold av interesse for eiernes rådighet over selskapet kan være relevante for vurderingen. I forarbeidene er det presisert at «vedtektsbestemmelser, aksjonæravtaler eller lignende» inngår i vurderingen av om det foreligger reelt offentlig eierskap. I juridisk teori er det hevdet at avtalebaserte rettighetsforhold reelt sett kan gi rettighetshaver større innflytelse i selskapet enn selskapets aksjonærer.¹⁴⁹ En nærliggende tolkning av henvisningen til «eller lignende» er følgelig at kontraktsforpliktelser kan være relevante for vurderingen.

¹⁴⁸Jf Andenæs 2006 s. 565.

¹⁴⁹Jf. Matre (2012) s. 169 med videre henvisninger til Kvinge (2008) s. 63-65.

Det foreligger ikke forvaltningspraksis som belyser hvorvidt konsesjonsmyndighetene er av den oppfatning at kontraktsforpliktelser vil være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap.¹⁵⁰

En viss veiledning for lovtolkningsspørsmålet er videre det forhold at forarbeidene fastslår at bestemmelser i aksjonæravtaler kan være relevante å vurdere nærmere opp mot vilkåret om reelt offentlig eierskap. Sondringen mellom aksjonæravtaler på den ene siden, og andre kontraktsforpliktelser kan være mindre tydelig. For eksempel vil en långiver kunne ha sikret seg innflytelse over låntaker gjennom en aksjonæravtale.¹⁵¹ Långiver vil da kunne inneha kontroll med aksjonærenes rådighet over aksjene og bruken av aksjonærrettigheter. Dersom långiver også er en privat minoritetseier i selskapet, fremstår det som anstrengt at eventuelle avtalefestede rettigheter han har sikret seg overfor det låntakende kraftselskapet kun vil være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap så lenge disse følger av en aksjonæravtale med de offentlige eierne. En slik formalitet kan neppe være avgjørende. Det må være av mindre betydning om en kontraktsforpliktelse følger av en aksjonæravtale eller alminnelig avtale. Det sentrale må heller være om kontraktsforpliktelsen forhindrer den offentlige eieren fra å ha kontroll over selskapet som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter på en slik måte at det ikke foreligger reelt offentlig eierskap.¹⁵²

På bakgrunn av gjennomgangen av rettskilder ovenfor, må konklusjonen være at kontraktsforpliktelser kan være relevant for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap.

¹⁵⁰ I epost til undertegnende opplyser imidlertid olje- og energidepartementet at det er av en slik oppfatning at låneavtaler vil kunne være relevant for eierskapsvurderingen, jf. Ekeberg, Carl Fredrik, epost 7. januar 2014.

¹⁵¹ Jf. Lowzow (1993) s. 257.

¹⁵² Jf. innst. O. nr. 78 (2007-2008) s. 6, og Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 63-64.

4.2.3 Kan faktiske forhold være relevante for vurderingen av vilkåret om reelt offentlig eierskap?

Spørsmålet her er hvorvidt faktiske forhold kan være relevante for vurderingen av om vilkåret om reelt offentlig eierskap er oppfylt.

Ulike situasjoner kan oppstå hvor private rettssubjekter, enten eier og/eller tredjemann, utøver den faktiske kontrollen over et selskap med offentlige majoritetseiere som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter. Et eksempel på en slik situasjon vil være tilfellet der hvor kreditorene til selskapet med konsesjonspliktige vannfallsrettigheter stiller visse vilkår for forvaltningen av selskapet som følge av mislighold av en låneavtale. Misligholdet kan gi långiver rett til å bringe låneforholdet til oppgjør.¹⁵³ Selv om långiver ikke nødvendigvis nyttiggjør seg av en slik rett, vil långiver i hvert fall stille i en sterk forhandlingsposisjon overfor låntaker. Långiver vil formelt sett ikke ha noen myndighet til å treffe bindende beslutninger for selskapet, men reelt sett vil låntaker ofte finne det vanskelig å motsette seg långivers krav.

Andre eksempler kan være at en privat aksjonær i et selskap som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter rent faktisk har betydelig kontroll over forvaltningen av selskapet. Dette kan skyldes at de offentlige eierne opptrer ukoordinert på generalforsamlingen, eller at kommunenes styrerepresentanter lar seg overstyre av den private aksjonærens styrerepresentant som følge av sistnevntes betydelige erfaring og kunnskap. Særlig i mindre kraftselskaper hvor aksjonærene består av små kommuner og én profesjonell finansiell investor, er et slikt scenario tenkelig.¹⁵⁴

¹⁵³ Jf. den deklaratoriske regelen i lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr. 46 (finansavtl.) § 52. Videre vil pengekreditor kunne ha pressmidler i bakhånd i kraft av reglene om tvangsinnndrivelse eller trussel om konkursbegjæring, jf. henholdsvis lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86 (tvangsl.) kapittel 11 og lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58 (kkf.) kapittel 8 flg.

¹⁵⁴ Se for eksempel kraftselskapet Tussa hvor eierne består av en rekke mindre kommuner og KLP. KLP eier 15 prosent av aksjene i selskapet og er dermed fjerde største eier. Styreleder i Tussa Kraft er Gunnar Gjørtz, administrerende direktør i KLP eiendom.

Hvorvidt faktiske forhold kan være relevante for vurderingen av det offentlige eierskapet beror på en tolkning av ikl. § 2 første ledd andre punktum. Ordlyden i bestemmelsen gir ingen klar veiledning. Begrepet «organiseringen» kan tolkes slik at det sikter til formelle rettslige disposisjoner som måtte fremgå av vedtekter, aksjonæravtaler eller kontraktsforpliktelser. Et annet tolkningsalternativ, om enn muligens noe mer anstrengt, er at organiseringen sikter til alle mulige tenkelige forhold som kan være av betydning for at det foreligger «reelt offentlig eierskap».

I forarbeidene er det ikke drøftet hvorvidt faktisk innflytelse en privat aksjonær eller tredjemann måtte utøve over det offentlige eierskapet vil være relevant for vurderingen av det offentlige eierskapet etter ikl. § 2 første ledd andre punktum. Ut i fra sammenhengen er det ikke naturlig å tolke forarbeidene slik at formuleringen «eller lignende» også sikter til faktiske forhold.¹⁵⁵ På denne bakgrunn kunne en muligens formode at forarbeidene ville omtalt faktiske forhold dersom lovgivers intensjon var at det kan være relevant for vurderingen av det offentlige eierskapet.

En slik synsvinkel kan imidlertid neppe tillegges særlig vekt. Slutninger på bakgrunn av forarbeidenes taushet er et omstridt rettskildespørsmål.¹⁵⁶ Det er først og fremst ved spørsmålet om en ny lovbestemmelse har endret tidligere rettstilstand at Høyesterett har sluttet ut fra forarbeidenes taushet. Normalt blir endringer av tidligere rettstilstand uttrykkelig kommentert i forarbeidene, slik at eventuelt taushet om dette i forarbeidene har blitt tolket slik at rettstilstanden er uendret¹⁵⁷. Et slikt tilfelle står vi ikke overfor her. Forarbeidene må dermed sies å gi lite veiledning for spørsmålet.

¹⁵⁵ Jf. uttalelsen på side 36 i Ot. prp. nr. 61 (2007-2008): «Det vil derfor være relevant å vurdere om det foreligger vedtektsbestemmelser, aksjonæravtaler eller lignende som ikke er i samsvar med reelt offentlig eierskap. Aktuelle eksempler på slike disposisjoner er bestemmelser som måtte fravike selskapslovgivningens normale regler om stemmerett, stemmegivning, styrerepresentasjon, utbytterett m.v. til fordel for private eiere.»

¹⁵⁶ Illustrerende er Rt. 2011 s. 1620. Her hadde først- og annetvoterende vidt forskjellige synspunkter om hvilken vekt forarbeidenes taushet skulle vektlegges.

¹⁵⁷ Jf. Andenæs, Rettskildelære, s. 44. Det foreligger visse høyesterettsavgjørelser hvor det ble trukket slutninger fra forarbeidenes taushet om det aktuelle rettsspørsmålet, jf. Rt. 1995 s. 1333 og Rt. 2005 s. 734.

Mer retningsgivende for lovtolkningsspørsmålet er derimot retts tekniske hensyn. For det første vil det oppstå vanskelige bevisvurderinger for konsesjonsmyndighetene dersom faktiske forhold skulle være omfattet av vilkåret i ikl. § 2 første ledd andre punktum.

For det andre kan også vises til de uklare rettsvirkningene som måtte følge av at en privat eier eller tredjemann har en faktisk innflytelse i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Etter ikl. § 3 andre ledd får bestemmelsene i ikl. §§ 30, 31 og 32 tilsvarende anvendelse dersom endringer av organiseringen i et offentlig kraftselskap medfører at selskapet ikke lenger oppfyller vilkåret i ikl. § 2 første ledd. Sanksjonsbestemmelsene i ikl. §§ 30, 31 og 32 er utformet for ervervstilfeller.¹⁵⁸ Det kan stilles spørsmålsteget ved om konsesjonsmyndighetene har tilstrekkelig klar hjemmel til i ytterste konsekvens å kunne kreve tvangssalg i medhold av ikl. § 32 begrunnet med faktiske forhold ved selskapsorganisering i kraftselskapet som måtte stride med vilkåret om reelt offentlig eierskap.¹⁵⁹

Konsesjonsmyndighetene kan treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre at offentlige vannkraftselskaper oppfyller plikten til enhver tid om å overholde vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum jf. § 3. Heller ikke muligheten til å pålegge tvangsmulkt etter ikl. § 26 fremstår imidlertid som noen velegnet løsning dersom loven skulle tolkes slik at faktiske forhold kan være relevant for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap. Dette fordi det vil være utfordrende for konsesjonsmyndighetene å presisere hva pliktbruddet omfatter, og hvordan konsesjonæren kan avhjelpe det. Denne usikkerheten på følgesiden, er et tungtveiende argument mot at faktiske forhold kan være relevant for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap.

¹⁵⁸ Bestemmelsene i ikl. §§ 30, 31 og 32 har gjennom § 3 fått en ny funksjon uten at ordlyden har blitt tilpasset deretter. Problematikken illustrerer hvordan industrikonsesjonsloven bærer et visst preg av lappeteppe. Det er i det hele tatt heller uklart hva ikl. § 3 tilførte industrikonsesjonsloven som ikke allerede fulgte av ikl. §§ 26 andre ledd og 34. Antakelig har lovgiver ment å understreke at vilkåret om reelt offentlig eierskap gjelder til enhver tid, også etter innvilget konsesjon. En bedre løsning ville kanskje vært å regulere dette i ikl. §§ 26 og 34 fremfor en egen bestemmelse i ikl. § 3 som gir loven et visst preg av dobbeltregulering.

¹⁵⁹ Jf. Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks) hvor førstvoterende på s. 537 uttaler: «Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmelen må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn».

Konklusjonen må være at faktiske forhold, i hvert fall som den klare hovedregel, faller utenfor hva som vil være relevant for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap. Unntak kan muligens være aktuelt der hvor kreditorene mer eller mindre permanent har bestemmende innflytelse over kraftselskapets beslutninger. Slike betraktninger er ikke fremmed tankegods innenfor andre rettsområder hvor spørsmålet om eierens ansvar er sentralt.¹⁶⁰ Av praksis fra Høyesterett kan det vises til Rt. 1932 s. 1015 og Rt. 1937 s. 21. Dommene har ingen direkte overføringsverdi til eierskapsvurderingene etter industrikonsesjonsloven, men de viser hvordan Høyesterett har vært tilbøyelige til å se bort i fra de formelle eierskapsforholdene og likestille kreditor der sistnevnte har hatt en særlig dominerende innflytelse og kontroll over selskapet.

Faktum i en kjennelse fra Høyesterett kan også være illustrerende for spørsmålet om faktiske forhold kan være relevante for vurderingen av vilkåret om reelt offentlig eierskap. I Rt. 1994 s. 533 overtok en advokat funksjonen som daglig leder og enestyre i et selskap. Advokaten var innsatt av selskapets store kreditorer. Kreditorene hadde gjennom advokaten full styring med selskapet. I tillegg hadde kreditorene nedsatt et kreditorutvalg som skulle ivareta kreditorenes interesser. Det var uklart hvorvidt kreditorenes hensikt var å avvikle selskapet.

Det rettslige spørsmålet i saken var hvorvidt kreditorutvalget hadde partsevne, noe en enstemmig Høyesterett kom til at det ikke hadde. I denne sammenhengen er det imidlertid faktum i saken som er av interesse. I en situasjon hvor et kreditorutvalg har den reelle kontrollen over et kraftselskap, og hvor dette har en mer eller mindre permanent karakter, vil det kunne undergrave formålet om offentlig eierskap og kontroll over vannfallsressursene. I et slikt tilfelle, som neppe er særlig praktisk, vil trolig faktiske forhold kunne være et relevant forhold for forvaltningen å vektlegge etter vurderingen av vilkåret om reelt offentlig eierskap.

¹⁶⁰ jf. Falkanger m. fl. (2010) s. 119. Forfatterne antyder at kreditor gjennom klausuler i låneavtaler kan oppnå en så dominerende stilling med hensyn til driften, at han kan bli betraktet som reder, og dermed pådra seg det vanlige rederansvaret. Til støtte for et slikt syn viser forfatterne blant annet til Rt. 1932 s. 1015 og Rt. 1937 s. 21.

4.3 Oppsummering

Temaet i kapittelet har vært hvilke forhold som kan være relevante for vurderingen etter vilkåret om reelt offentlig eierskap. I punkt 4.2.1 ble det fastslått at vedtekter og aksjonæravtaler er relevante forhold for vurderingen av om det foreligger reelt offentlig eierskap. I punkt 4.2.2 har det blitt argumentert for, og konkludert med, at også kontraktsforpliktelser kan være relevant for vurderingen. Hva gjelder faktiske forhold er konklusjonen den motsatte. I punkt 4.2.3 konkluderer jeg med at faktiske forhold, i hvert fall som den klare hovedregel, faller utenfor hva som vil være relevant å vurdere etter det skjønnsmessige vilkåret om reelt offentlig eierskap.

5 Vilkår om reelt offentlig eierskap: Hva kan fastsettes i vedtekter, aksjonæravtaler eller lignende?

5.1 Innledning

I dette kapittelet er hovedproblemstillingen *hva* som kan fastsettes i vedtekter, aksjonæravtaler eller lignende innenfor rammen av vilkåret om reelt offentlig eierskap. Innledningsvis er det under punkt 5.2 gjort noen generelle betraktninger knyttet til tolkningen av hvilke skranker vilkåret om reelt offentlig eierskap oppstiller. Deretter følger en gjennomgang av typetilfeller inndelt i to hovedkategorier under punkt 5.3 og 5.4. Den første hovedkategorien omfatter organisatoriske rettigheter. Den andre favner over økonomiske rettigheter. I punkt 5.5 er vilkåret om offentlig eierskap drøftet særskilt i forbindelse med privat eierskap i bakenforliggende selskaper.

Til slutt i kapittelet drøfter jeg i punkt 5.6 hvorvidt forvaltningen har kompetanse til å dispensere fra eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum.

5.2 Disposisjoner til fordel for private rettssubjekter utover selskapslovgivningens normalregler

Private rettssubjekter som erverver eierandeler i offentlige kraftselskaper vil kunne ha en interesse i å sikre seg innflytelse i selskaper de har investert i. Økt innflytelse over selskapets beslutninger vil kunne redusere risiko knyttet til investeringen. Økt innflytelse

kan oppnås gjennom blant annet vedtektsbestemmelser, aksjonæravtaler eller lignende. Vilkåret om reelt offentlig eierskap begrenser private rettssubjekters mulighet til å sikre seg innflytelse og kontroll over selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter. De skranker som vilkåret om reelt offentlig eierskap oppstiller er først og fremst interessant for disposisjoner til gunst for et privat rettssubjekt som planlegger å erverve, eller allerede har ervervet eierandeler i et offentlig kraftselskap. Spørsmålet er derfor hvorvidt vilkåret om reelt offentlig eierskap tillater disposisjoner til fordel for private minoritetseiere utover hva som følger av selskapslovgivningens normalregler.

En avklaring av det nærmere innholdet av vilkåret om reelt offentlig eierskap vil kunne sikre entydig konsesjonspraksis. Dette vil igjen sikre forutberegnelighet for partene i bransjen, et viktig hensyn når det er tale om store investeringsbeslutninger. Til syvende og sist vil imidlertid de konkrete forhold i hvert enkelt tilfelle være avgjørende for hvorvidt vilkåret er oppfylt.

Ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punktum stiller som vilkår at «organiseringen er slik at det åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap». Det fremgår av bestemmelsens ordlyd at konsesjonsmyndighetene må foreta en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering.¹⁶¹ Videre er vilkåret strengt, jf. kravet om at det «åpenbart» må foreligge reelt offentlig eierskap. Hvilke momenter som skal vektlegges i denne vurderingen fremgår imidlertid ikke.¹⁶² Formålsbestemmelsen i § 1 første ledd er en relevant rettskildefaktor for tolkningen av vilkåret om reelt offentlig eierskap.¹⁶³ Samtidig er det heller vanskelig å utlede klare

¹⁶¹ Jf. Ot. prp. nr. 6 (2007-2008) s. 36. Det står ikke eksplisitt i forarbeidene at det er tale om en helhetsvurdering, men det er naturlig å tolke uttalelsene slik.

¹⁶² En liknende bestemmelse er å finne i lov om retten til å delta i fiske og fangst av 26. mars nr.15(deltl.) § 6 andre ledd: «For selskap eller sammenslutning kan ervervstillatelse bare gis dersom personer som oppfyller kravet i første ledd innehar mer enn 50 pst. av eierinteressene og faktisk har tilsvarende kontroll over virksomheten». Heller ikke denne bestemmelsens ordlyd gir klare føringer på hvilke momenter som vil være relevante for vurderingen av «faktisk har tilsvarende kontroll over virksomheten». Deltakerloven og industrikonsesjonslovens reguler eierskap til utnyttelsen av henholdsvis fiske- og vannkraftressurser. Rettskildefaktorer knyttet til deltl. § 6 andre ledd vil i utgangspunktet ikke kunne tillegges særlig vekt for vurderingen etter ikl. § 2 første ledd andre punktum. Likevel kan det muligens på sikt tenkes at forvaltnings- og/eller rettspraksis knyttet til deltl. § 6 andre ledd vil kunne gi en viss veiledning for vurderingen etter ikl. § 2 første ledd andre punktum.

¹⁶³ Jf. ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 34 og 72.

momenter fra bestemmelsen. EØS-rettens krav til konsistens er forsøkt gjennomført gjennom lovendringen i 2008.¹⁶⁴ Både formålsbestemmelsen og kravet til reelt offentlig eierskap er konkrete tiltak fra lovgiver for å «konsolidere» industrikonsesjonslovens eierskapsregler. Dermed må eierskapsvilkåret tolkes i samsvar med EØS-rettens krav til konsistens. Det uklare innholdet i EØS-rettens krav til konsistens taler igjen for at vilkåret tolkes strengt. En streng fortolkning vil sikre at forvaltningspraksis er i samsvar med EØS-retten slik at intensjonen bak lovendringen i 2008 blir realisert i den praktiske anvendelsen av loven. Langt på vei følger imidlertid en slik streng tolkning allerede av kravet om at det «åpenbart» må foreligge reelt offentlig eierskap.

I forarbeidene blir det antydnet visse momenter som vil være av særlig interesse for vurderingen av eierskapsvilkåret. Det er vist til disposisjoner i vedtektsbestemmelser, aksjonæravtaler eller lignende som kan være uforenelig med reelt offentlig eierskap. Eksempler på disposisjoner som nevnes er «bestemmelser som måtte fravike selskapslovgivningens normale regler om stemmerett, stemmegivning, styrerepresentasjon, utbytterett m.v. til fordel for private eiere».¹⁶⁵ Disse momentene utgjør ingen uttømmende liste, men i mangel av andre relevante rettskildefaktorer tjener det som et utgangspunkt for vurderingen.

Ifølge forarbeidenes anvisning må vurderingen av disposisjoner til fordel for en privat minoritetseier vurderes opp mot vilkåret om reelt offentlig eierskap. Det er presisert i forarbeidene at avviket må være til fordel for private eiere. Men forarbeidene kan neppe forstås slik at ethvert avvik til fordel for en privat eier vil være uforenelig med reelt offentlig eierskap. Hvor terskelen for vilkåret ligger blir ikke uttrykkelig presisert. En viss veiledning for hvilke disposisjoner som vil være uforenelig med vilkåret blir imidlertid gitt gjennom et eksempel, jf. uttalelsen om at krav om enstemmighet ikke kan godtas, «da dette gir private negativ kontroll i selskapet».¹⁶⁶

¹⁶⁴ Jf. ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 33.

¹⁶⁵ Jf. Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 36.

¹⁶⁶ Jf. Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 36.

Lovens system taler også for at disposisjoner som gir private negativ kontroll i selskapet vil være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap. For det første kan det vises til at private rettssubjekter kun kan erverve inntil en tredel av kapitalen og stemmene, jf. inkl. § 2 første ledd andre punktum. For det andre kan det vises til at selskaper med ubegrenset ansvar ble ansett for uforenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap som følge av utgangspunktet om enstemmighet i selskapsloven § 2-12.¹⁶⁷ Til sammen taler disse to forholdene for at «reelt offentlig eierskap» vil være uforenelig med en disposisjon som gir private rettssubjekter negativ kontroll i selskapet.

Av rettspraksis er det kun to tingrettskjennelser fra samme sakskompleks som tar for seg det nærmere innholdet av vilkåret om reelt offentlig eierskap.¹⁶⁸ I avgjørelsene legges det til grunn at mindre avvik fra selskapslovgivningens normalregler til fordel for private eiere ikke vil stride med vilkåret om reelt offentlig eierskap, men dersom en privat part er sikret negativ kontroll i selskapets styringsfunksjoner, legges det til grunn at vilkåret normalt ikke vil være oppfylt. Avgjørelser fra tingretten er en rettskildefaktor av liten eller ingen vekt.¹⁶⁹ Likevel er det av interesse å se hvordan domstolene begrunner sine avgjørelser. Det er først og fremst kjennelsen av 5. oktober 2012 som er av interesse, da denne er bedre opplyst enn hva som var tilfellet da kjennelse i samme sakskompleks ble avsagt 24. september. I kjennelsen fra oktober legger tingretten til grunn at vilkåret om reelt offentlig eierskap tillater mindre avvik fra selskapslovgivningens normalregler til fordel for private.¹⁷⁰

Det foreligger begrenset med forvaltningspraksis hvor konsesjonsmyndighetene tolker vilkåret om reelt offentlig eierskap. Dette skyldes nok langt på vei at det har vært begrenset med transaksjoner hvor aksjeerververen er et privat rettssubjekt. Av den praksis som

¹⁶⁷ Jf. Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 37, og lov om ansvarlig selskaper og kommandittselskaper av 21. juni 1985 nr. 83.

¹⁶⁸ Jf. Kjennelsene avsagt av Nord-Troms tingrett 24. september og 5. oktober 2012.

¹⁶⁹ Jf. Eckhoff (2000) s. 162.

¹⁷⁰ Jf. Jf. Kjennelsene avsagt av Nord-Troms tingrett 5. oktober 2012 s. 11 og 13. Kjennelsen blir diskutert nærmere under punkt 5.3.2 nedenfor.

foreligger ser forvaltningen ut til å akseptere mindre avvik fra selskapslovgivningens normalregler til fordel for en privat part.¹⁷¹

På bakgrunn av gjennomgangen av de relevante rettskildefaktorer lar det seg gjøre å utlede et generelt utgangspunkt for vilkåret om reelt offentlig eierskap: Disposisjoner til fordel for private rettssubjekter som fraviker selskapslovgivningens normalregler, vil kunne være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Mindre avvik fra selskapslovgivningens normalregler vil kunne aksepteres. Derimot vil disposisjoner som medfører at private rettssubjekter sikrer seg negativ kontroll over selskapet, i hvert fall som en hovedregel, være uforenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

For å anskueliggjøre betydningen av et slikt generelt tolkningsutgangspunkt for vilkåret om reelt offentlig eierskap, er det hensiktsmessig med en gjennomgang av ulike praktiske typetilfeller. På bakgrunn av forarbeidenes eksempler på relevante disposisjoner er det naturlig å sonde mellom henholdsvis organisatoriske og økonomiske rettigheter. Drøftelsen vil ta utgangspunkt i reglene for aksjeselskaper siden dette vil være mest praktisk.

Konsesjonsmyndighetene vil måtte undersøke totalen av ulike private disposisjoner til private minoritetseiere, og på bakgrunn av en helhetsvurdering fastslå om vilkåret om reelt offentlig eierskap er overholdt. Dette er viktig å ha i bakhodet for den følgende gjennomgangen av typetilfeller hvor ulike disposisjoner av hensyn til en ryddig fremstilling vurderes hver for seg.

¹⁷¹ Jf. Olje- og energidepartementets svarbrev av 28. september 2012 til Tromsø kommune vedrørende Jämtkraft ABs konsesjon til erverv av aksjer i Troms Kraftforsyning og Energi AS. Departementet uttaler blant annet at en «lovtolkning som skulle innebære at en aksjonæravtale fullt ut skal være i samsvar med selskapslovgivningens alminnelige regler, harmonerer dårlig med lovforarbeidenes forutsetning om en konkret vurdering av avtaleverket». Departementet synes å innta tilsvarende standpunkt i brev av 3. januar 2011 vedrørende private aksjonærer i Eidsiva Energi AS og i eierselskaper.

5.3 Organisatoriske rettigheter

Til en eierandel i selskaper med begrenset eller ubegrenset ansvar tilligger en rekke rettigheter og forpliktelser overfor selskapet. Typisk deles rettighetene inn i «organisatoriske» og «økonomiske» rettigheter.¹⁷² Under dette punkteter er temaet disposisjoner til fordel for private som gir organisatoriske rettigheter utover selskapslovgivningens normalregler.

De viktigste organisatoriske rettighetene aksjonærene innehar i et aksjeselskap er stemmeretten og andre rettigheter på generalforsamlingen.¹⁷³ Det skilles gjerne mellom individualrettigheter knyttet til den enkelte aksje,¹⁷⁴ og minoritetsrettigheter som tilkommer aksjeeiere som eier eller representerer en viss del av aksjekapitalen.¹⁷⁵ Minoritetsrettighetene knytter seg hovedsakelig til de ulike stemmerettsreglene for generalforsamlingens beslutninger og er derfor av særlig interesse for vurderingen av eierskapsvilkåret i industrikonsesjonsloven. Gjennomgående vil det trolig være mest praktisk med ulike former for defensive minoritetsbeføyelser som private sikrer seg i kraft av vedtektsbestemmelser, aksjonæravtale eller lignende som vil kunne være problematiske i relasjon til vilkåret om reelt offentlig eierskap. Med defensive minoritetsbeføyelser menes det her at minoriteten får rett til å motsette seg beslutninger som flertallet ellers kunne påtvunget den.¹⁷⁶

5.3.1 Stemmerett

Endringer av selskapslovgivningens normalregler for stemmerett er i forarbeidene fremhevet som disposisjoner som kan komme i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Innenfor aksjelovens grenser kan vedtektene for eksempel modifisere de

¹⁷² Jf. Ot.prp.nr.23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) s. 138, NOU 2002:6 Lov om samvirkeforetak s. 144, og Andenæs (2006) s. 128.

¹⁷³ Jf. Andenæs 2006 s. 130.

¹⁷⁴ Eksempler på viktige organisatoriske individualrettigheter er asl. §§ 5-2, 5-11 og 5-3 jf. 5-15.

¹⁷⁵ Jf. Aksjeloven §§5-3 (2) og 5-6 (2) jf. Andenæs (2012) s. 138.

¹⁷⁶ Jf. Lowzow (1993) s. 170. Begrepet «defensive minoritetsbeføyelser» gis i denne avhandlingen en bredere definisjon enn hva forfatterne operer med.

organisatoriske rettigheter som er knyttet til bestemte aksjeklasser, eller hvor strengt flertallskrav som skal gjelde for ulike selskapsbeslutninger.¹⁷⁷

Visse vedtektsbestemmelser vil temmelig klart være uforenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Det vil for eksempel være tilfellet der hvor et strengere flertallskrav for vedtektsendringer enn lovens normalregel om to tredeler flertall er fastsatt i vedtektene. Aksjeloven tillater at vedtektene fastsetter et strengere flertallskrav.¹⁷⁸ Men en slik vedtektsbestemmelse ville gi private minortetsaksjonærer negativ kontroll over beslutninger av vesentlig betydning for forvaltningen av selskapet. Vilåret om reelt offentlig eierskap tillater ikke at private kan ha en slik rådighet over selskapet.

Videre kan situasjonen være at et selskap har inndelt aksjene inn i ulike aksjeklasser.¹⁷⁹ Tilfellet kan for eksempel være en inndeling i aksjeklasser med og uten stemmerett. I en slik situasjon kan en privat aksjonær oppnå negativ kontroll i selskapet uten å inneha to tredeler flertall. Også slike tilfeller vil være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

5.3.2 Stemmegivning

Nært forbundet med stemmeretten er utøvelsen av den. I forarbeidene er «stemmegivning» trukket frem som en disposisjon som kan være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap. En aksjonæravtale kan forplikte en gruppe av, eller alle aksjonærene, til å utøve stemmeretten på en bestemt måte i nærmere angitte saker.¹⁸⁰ På denne måten vil private kunne sikre seg økt innflytelse over forvaltningen av selskapet.

Tilfellet kan for eksempel være at visse saker av vesentlig økonomisk betydning for selskapets finansielle situasjon etter vedtektsbestemmelse eller avtale mellom aksjonærene, krever tilslutning fra alle aksjonærer som innehar 30 prosent eller mer av aksjene.¹⁸¹ Selv om den private aksjonæren er i mindretall og uten innflytelse etter normalregelen i asl. § 5-

¹⁷⁷ Jf. asl. §§ 4-1(1) andre punktum, 5-17 (3) og 5-18 (3).

¹⁷⁸ Jf. asl. § 5-18 (3).

¹⁷⁹ Jf. asl. § 4-1 (1) andre punktum.

¹⁸⁰ Jf. Lowzow (1993) s. 152.

¹⁸¹ Asl. § 5-17 (3) åpner for et strengere flertallskrav enn lovens normalregel.

17 (1), vil vedtektsbestemmelsen eller aksjonæravtalen sikre at stemmegivningen for visse bestemte saker gir han vetorett.

For bestemmelser om stemmegivning i vedtekter eller aksjonæravtale som gir en privat aksjonær rett til å motsette seg selskapsbeslutninger av vesentlig betydning, vil i utgangspunktet være uforenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap. En presisering må være at de selskapsbeslutninger som bindingen berører må gripe inn i de offentlige eiernes rådighet over vannfallsressursene. Selskapsbeslutninger som måtte være uten betydning for de offentlige eiernes rådighet over vannfallsressursene, vil neppe stride med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Et kraftselskap som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter vil også kunne råde over andre formuesgoder. En aksjonæravtale som omhandler forvaltningen av andre formuesgoder enn vannfallsrettigheter, vil i utgangspunktet være uten betydning for eierskapsvilkåret etter industrikonsesjonsloven. Her vil imidlertid grenseoppgangene kunne være uklare.

Et interessant eksempel fra forvaltningspraksis vedrørende stemmegivning og vilkåret om reelt offentlig eierskap er Jämtkraft ABs konsesjon til erverv av 33,33 prosent av aksjene i Troms Kraftforsyning og Energi AS (TKE) i medhold av ikl. § 36. Selger var Troms Kraft AS (TK), som etter gjennomføringen av ervervet satt igjen med 66, 67 prosent av aksjene i TKE. Det ble inngått en aksjonæravtale mellom Troms Kraft AS og Jämtkraft AB hvis formål var å regulere partenes innbyrdes rettigheter og plikter som aksjeeiere i TKE. Spesielt bestemmelsene i aksjonæravtalen punkt 7 og 8 reiste spørsmålet om vilkåret om reelt offentlig eierskap var oppfylt. Etter punkt 7 kunne Jämtkrafts styrerepresentant nedlegge veto i visse «kvalifiserte saker». I avtalen er det tre kategorier av «kvalifiserte saker»: Avtaler mellom TKE og Jämtkraft eller TK: avtaler vedrørende finansieringen av vesentlige omfang i forhold til selskapets balanse; og investeringer i og avhendelse av aktiva av vesentlig omfang i forhold til selskapets balanse.

Dersom Jämtkraft skulle nedlegge veto ville imidlertid beslutninger i de to siste tilfellene kunne fattes ved annen gangs styrebehandling, men kun i den utstrekning beslutningen er nødvendig «for å sikre videreføringen av Selskapets drift i det til enhver tid gjeldende omfang, herunder for å sikre vanlig vedlikehold av Kraftverkene, utbygging av driftsmidler, videreføring av fallrettigheter og oppfylling av offentlige pålegg». Aksjonæravtalen ga altså Jämtkraft delvis utsettende veto. I visse tilfeller ville imidlertid vetoretten være absolutt. Videre var det i aksjonæravtalen punkt 8 inntatt en bestemmelse

som regulerer stemmegivning på generalforsamlingen. For at et forslag skulle bli vedtatt ved behandling av «Kvalifiserte Saker» var det krav om $\frac{3}{4}$ av flertall av de avgitte stemmer av aksjekapitalen representert på generalforsamlingen. Bestemmelsen skulle sikre mot omgåelser av flertallskravet i styret dersom slike saker skulle bringes opp til generalforsamlingen for avgjørelse.

Departementet innvilget konsesjonssøknaden. Det fastslo at aksjonæravtalen ikke sto i veien for at vilkåret om reelt offentlig eierskap var oppfylt. Tromsø kommune, minoritetsseier i TK, forsøkte forgjeves å få endret konsesjonsvedtaket ved å klage til departementet og bringe vedtaket inn for tingretten. Tingrettens kjennelse i saken fortjener noen kommentarer.¹⁸² Argumentasjonen i kjennelsen er ikke helt lett å følge på alle punkter. På side 11 i dommen kommenterer tingrettsdommeren den omtvistede klausulen i aksjonæravtalen punkt 7. Tingrettsdommeren skriver at det «ikke er til å komme utenom at Jämtkraft AB har fått en sterkere stilling enn det som følger av aksjelovgivningen. Om dette helt ut repareres av siste avsnitt er neppe åpenbart». Ovenfor har det blitt konkludert med at ikke enhver fordelaktig disposisjon utover selskapslovgivningens normalregler vil stride med vilkåret om reelt offentlig eierskap. De disposisjoner det er tale om her går imidlertid langt i å sikre den private minoritetsseieren mulighet til å blokkere visse selskapsbeslutninger som vedrører rådigheten over vannfallsressurser. Langt på vei skriver tingrettsdommeren her at vilkåret om reelt offentlig eierskap, som kun er oppfylt når organiseringen er slik at vilkåret åpenbart foreligger, ikke var oppfylt som følge av den omstridte bestemmelsen i aksjonæravtalen. Kjennelsens konklusjon er imidlertid det motsatte. På side 13 skriver tingrettsdommer Gamst om vilkåret om reelt offentlig eierskap:

«Vurderingen må være konkret og omfatte alle forhold. Ved denne brede vurderingen er det antagelig bare punkt 7, eventuelt punkt 8, som avviker fra aksjeloven. Imidlertid er det på begge disse punktene reparasjonsadgang.

Med andre ord ser tingretten ut til å legge avgjørende vekt på det forhold at vetorettighetene delvis repareres ved andre gangs behandling i styret. Konklusjonen harmonerer mindre godt med hva tingretten uttaler om reparasjonsadgangen på side 11. Etter aksjonæravtalen vil det ved styrets annen gangs behandling i utgangspunktet, men ikke alltid, gjelde et alminnelig flertallskrav. Etter hva jeg kan se, vil Jämtkraft av denne grunn være sikret et visst innslag av negativ kontroll over forvaltningen av TKE. Som redegjort for ovenfor, er det forutsatt i forarbeidene at negativ kontroll over selskapsbeslutninger vil kunne stride med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Det kan derfor

¹⁸² Kjennelsene avsagt av Nord-Troms tingrett 5. oktober 2012.

stilles spørsmålstegn ved om tingretten la til grunn en tilstrekkelig streng tolkning av eierskapsvilkåret når ordlyden krever at det «åpenbart» må foreligge reelt offentlig eierskap.

Departementets konsesjonsvedtak fortjener også noen kommentarer. Hverken i konsesjonsvedtaket eller departementets brev i den påfølgende klagesaken er det foretatt noen reell drøftelse av de elementene i aksjonæravtalen som delvis gir Jämtkraft vetorett i visse kvalifiserte saker.¹⁸³ Departementet konstaterer at vilkåret om reelt offentlig eierskap er oppfylt, uten noen nærmere begrunnelse. Departementets knappe begrunnelse er uheldig ettersom det vanskeliggjør en vurdering av hvordan det tolker vilkåret om reelt offentlig eierskap. En mer åpen argumentasjon fra departementets side ville gjort det lettere for aktørene i vannkraftsektoren å få klarhet i hvordan forvaltningen tolker regelverket. Dette vil igjen legge forholdene bedre til rette for en forutsigbar forvaltningspraksis, fremfor at relevante aktører nøler med å gjennomføre et erverv som følge av uklarheten i hvordan departementet tolker vilkåret om reelt offentlig eierskap.

5.3.3 Styrepresentasjon

Bestemmelser om styrerepresentasjon er et annet forhold fremhevet i forarbeidene som potensielle disposisjoner i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Styret har ansvaret for forvaltningen av selskapet.¹⁸⁴ Det plikter å fastsette planer og budsjetter for selskapets virksomhet, føre kontroll med formuesforvaltningen og føre tilsyn med daglig leder og selskapets øvrige virksomhet.¹⁸⁵ Styret er altså et helt sentralt selskapsorgan. Aksjonærenes rett til valg av styrerepresentanter kan derfor være av stor betydning for eierskapsutøvelsen og kontroll med selskapet. Spørsmålet er hvilke krav vilkåret om reelt offentlig eierskap stiller til sammensetningen av selskapets styre.

Utgangspunktet er at generalforsamlingen utpeker selskapets styremedlemmer. En typisk klausul i en aksjonæravtale vil kunne være at en minoritetsaksjonær har rett til å utpeke et bestemt antall styremedlemmer.¹⁸⁶ Dersom en privat minoritetseier, eller långiver, har rett til å utpeke et antall styremedlemmer, vil dette være en fravikelse av aksjelovens

¹⁸³ Jf. Kongelig resolusjon av 7. september 2012 (saksnr. 12/1122) og olje- og energidepartementets brev av 28. september 2012 til Tromsø kommune (ref. 12/1122).

¹⁸⁴ Jf. asl. § 6-12 (1).

¹⁸⁵ Jf. asl. §§ 6-12 og 6-13.

¹⁸⁶ Jf. Lowzow (1993) s. 172.

normalregel som styrker den private parts innflytelse over selskapet.¹⁸⁷ Styret treffer beslutninger i henhold til alminnelig flertallskrav.¹⁸⁸ Så lenge den private rett er begrenset til å utpeke et mindretall av styremedlemmene, vil dette være forenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap.¹⁸⁹ Styrerepresentanten valgt av den private part vil da ikke kunne blokkere styrets avgjørelser.

Det er imidlertid åpnet for at strengere stemmerettsregler kan fastsettes i vedtektene.¹⁹⁰ Dersom en vedtektsbestemmelse om strengere flertallskrav for styret er kombinert med en privat minoritetsseiers rett til å utpeke et bestemt antall styremedlemmer, kan resultatet bli at styrerepresentantene utpekt av den private part vil inneha tilstrekkelig antall stemmer til å kunne blokkere styrets beslutninger. En slik kontroll over forvaltningen av selskapet hos en privat minoritetsaksjonær vil være uforenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Aksjeloven står ikke i veien for opprettelse av ulovfestede organer, såkalte aksjonærmøter.¹⁹¹ Slike ulovfestede selskapsorganer kan, innenfor aksjelovens rammer, ha rådgivende, saksforberedende, besluttende eller kontrollerende myndighet. Dersom det ulovfestede organet skal ha besluttende kompetanse, må hovedregelen være at private rettssubjekter ikke kan inneha flertallet i organet.

For eksempel kan det vises til aksjeloven § 6-3 (3) som åpner for overføring av generalforsamlingens valgrett til et «vedtektsfestet selskapsorgan». Så lenge det er fastsatt i vedtektene, vil et aksjonærmøte være å anse som et «vedtektsfestet selskapsorgan».¹⁹² Hvis en privat minoritetsaksjonær skulle inneha flertallet i et ulovfestet selskapsorgan som

¹⁸⁸ Jf. Asl. § 6-25 (1).

¹⁸⁹ Olje- og Energidepartementet synes også å innta et slikt standpunkt, jf. KLPs erverv av aksjer i kraftselskapet Tussa. Departementet hadde ingen innvendinger mot at KLP i kraft av aksjonæravtale skulle ha rett til å utpeke ett styremedlem, jf. Olje- og energidepartementets brev av 28. februar 2013 til Advokatfirmaet Thommessen AS .

¹⁹⁰ Jf. asl. § 6-25 (2).

¹⁹¹ Jf. Jf. Lowzow (1993) s. 154.

¹⁹² Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s 145.

velger selskapets styremedlemmer, kan alle styrets medlemmer utvelges av den private minoritetsaksjonæren. Dette vil være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Det er uansett lite sannsynlig at de offentlige majoritetseierne vil være villig til å forplikte seg overfor en privat aksjonær på en slik måte i en aksjonæravtale.

En annen mulighet er at en privat eier innehar en vetorettighet til å motsette seg styremedlemskandidater foreslått av de offentlige majoritetseierne. Som nevnt ovenfor legges det til grunn i forarbeidene at disposisjoner som gir private «negativ kontroll i selskapet» er uforenelig med reelt offentlig eierskap.¹⁹³ Når en ser hen til virkningene av at en privat part i kraft av en aksjonæravtale har rett til å nedlegge veto mot valg av styremedlem utpekt av de offentlige majoritetseierne, er det ikke like opplagt at en blokkeringsmulighet her vil være uforenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Konsekvensen av utøvelse av vetoretten vil kun være at de offentlige majoritetseierne må velge en annen kandidat. Noen særlig betydning for de offentlige eiernes kontroll over vannfallsressursene vil en slik veto rett for den private minoritetsaksjonæren neppe ha. Konklusjonen må trolig være at en veto rett ved valg av styrerepresentanter vil være forenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Sikker må i hvert fall konklusjonen være dersom det kun er tale om utsettende veto. Det kan for eksempel være krav om ny behandling i styret dersom den private part motsetter seg de offentlige majoritetseierens kandidat til styrevervet. Et suspensivt veto bærer preg av å være en prosessuell regel. I siste omgang vil det være opp til de offentlige eierne å fatte beslutning etter eget ønske. Dermed vil vilkåret om reelt offentlig eierskap være oppfylt.

5.4 Økonomiske rettigheter

I forarbeidene er retten til utbytte fremhevet som en disposisjon som kan være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap.¹⁹⁴ I det følgende er derfor disposisjoner knyttet til utbytteretten, samt andre liknende økonomiske rettigheter, drøftet opp mot vilkåret om reelt

¹⁹³Jf. Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 36.

¹⁹⁴Jf. Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 36.

offentlig eierskap. Spørsmålet er hvorvidt vilkåret om reelt offentlig eierskap er forenelig med en utbytterett eller andre økonomiske rettigheter som gir en privat aksjonær en fordel utover aksjelovens normalregler.

5.4.1 Minimumsutbytte

Det er antatt at vedtektene kan påby utdeling av vedtektene, så lenge de materielle vilkårene etter aksjeloven § 8-1 er oppfylt.¹⁹⁵ En annen mulighet er at en aksjonæravtale pålegger aksjonærene å stemme slik at det blir utbetalt et minimumsutbytte til partene hvert år.¹⁹⁶ En slik avtaleklausul vil imidlertid måtte respektere de absolutte grensene for utbytte som kan utdeles etter § 8-1. Ved eventuell konflikt mellom bestemmelse i aksjonæravtale og aksjelovens utbytteregler, går sistnevnte foran.¹⁹⁷ Spørsmålet er hvorvidt en rett til minimumsutbytte vil være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Det vanskelig å se noen tungtveiende grunner til at bestemmelser i vedtekter eller aksjonæravtale som måtte gi alle aksjonærene, inkludert den private part, en minimumsrett til utbytte hvert år, skulle stride med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Forutsetningen er naturligvis at en slik utbytterett er i samsvar med aksjelovens preseptoriske regler om hva som kan deles ut som utbytte etter § 8-1.

Dersom en privat aksjonær er alene om å inneha en slik minimumsrett til utbytte, kan det derimot diskuteres om vilkåret om reelt offentlig eierskap er oppfylt. En eksklusiv rett til minimumsutbytte for en privat eier harmonerer mindre godt med lovens formålsbestemmelse som fastslår at landets vannfallsressurser tilhører og skal forvaltes til beste for allmennheten gjennom spredt offentlig eierskap. Så lenge de offentlige eierne står fritt til å endre en slik eksklusiv utbytterett må likevel vilkåret om reelt offentlig eierskap være oppfylt. I en slik situasjon vil de offentlige eierne ha full kontroll over vannfallsressursene. Da må vilkåret om reelt offentlig eierskap være oppfylt. Det vil

¹⁹⁵ Jf. Andenæs (2006) s. 448.

¹⁹⁶ Jf. Lowzow (1993) s. 179.

¹⁹⁷ Jf. Andenæs (2006) s. 62-63.

uansett være lite praktisk at de offentlige eierne skulle gå med på å vedtektsfeste en ordning som gir den private minoritetseieren en slik eksklusiv utbytterett.

5.4.2 Lån med særlige vilkår

Aksjonærene har adgang til å inngå låneavtaler hvor renten helt eller delvis avhenger av det utbyttet som utdeles til aksjeeierne eller av selskapets resultat, jf. asl. § 11-14. Lån med særlige vilkår kan kombineres med en avtale om lån som gir fordringshaveren rett til å kreve utstedt aksjer mot innskudd i penger etter asl. § 11-1. I tillegg kan det være aktuelt å avtale at lånet skal ha prioritet bak selskapets alminnelige gjeld.¹⁹⁸ Spørsmålet er om låneinstrumenter etter asl. § 11-1 vil kunne stride med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Opptak av lån med særlige vilkår krever beslutning av generalforsamlingen med flertall som for vedtektsendring. Tilsvarende gjelder for beslutning om fullmakt til opptak av slike lån.¹⁹⁹ Et slikt kvalifisert flertallskrav sikrer i utgangspunktet de offentlige majoritetseierne full kontroll med opptak av lån med utbytteavhengig rente. Selskapet og en privat långiver har de rettigheter som tilkommer partene i en låneavtale, ikke de selskapsrettslige rettigheter og plikter som gjelder mellom selskap og aksjonær.²⁰⁰ Utgangspunktet må være at selskapet kan oppta slike lån uten at det vil være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Annerledes vil det muligens stille seg dersom låneavtalen ikke er inngått etter alminnelige markedsvilkår. En mulighet kan være at en privat aksjonær gir selskapet et ansvarlig lån med svært lang tilbakebetalingsperiode og hvor tilbakebetalingen avhenger helt eller delvis av størrelsen på utbyttet selskapet utdeler til aksjonærene.²⁰¹ Videre kan det i låneavtalen være inntatt ulike bindinger på låntakers hånd, herunder begrensninger på salg av eiendeler, investeringer, ytterligere opplåning eller sikkerhetsstillelse.²⁰² Et slikt lånearrangement vil

¹⁹⁸ Jf. lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59 (dekl.) § 9-7 (2).

¹⁹⁹ Jf. asl. § 11-14.

²⁰⁰ Jf. Andenæs (2006) s. 565.

²⁰¹ Jf. Matre (2012) s. 89-90.

²⁰² For en introduksjon av «covenants» i norske låneforhold, se Carlberg (2003).

ha karakter av å være en blanding av fremmed- og egenkapital.²⁰³ Slik Matre uttrykker det, har långiver «*da både rettigheter som samsvarer med en ordinær kreditorposisjon (tilbakebetalingskravet, eventuell sikkerhet etc.) og rettigheter som samsvarer med en eierposisjon (overskuddsavhengig avkastning og organisatoriske beføyelser i selskapet)*».²⁰⁴

I slike tilfeller vil det for investorer kunne være mindre sentralt hvorvidt man eier aksjer i et selskap eller bare er dets långiver. Der det foreligger reguleringer på hvem som kan eie et formuesgode, kan ulike lånearrangementer fremstå som et alternativ for å komme seg rundt regelverket. Spørsmålet er om bruk av slike alternative låneinstrumenter kan være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Innledningsvis er det hensiktsmessig å vise til et illustrerende eksempel vedrørende forsikringsvirksomhetslovens begrensninger på eierskap.²⁰⁵ I 2011 investerte Kommunal Landspensjonskasse (KLP) betydelige summer i TrønderEnergi Nett AS. Bakgrunnen for investeringene var morselskapet TrønderEnergi AS' behov for økning av egenkapitalen. Andre finansieringsformer, herunder salg av aksjer i morselskapet som innehar konsesjonspliktige vannfallsressurser, ble også vurdert. TrønderEnergi AS foretrakk imidlertid å selge en andel av aksjene i datterselskapet TrønderEnergi Nett AS til KLP.

Partene ønsket i utgangspunktet et salg av 35 % av aksjene fra de kommunale eierne til KLP. Finansdepartementet var imidlertid av den oppfatning at livselskapenes regulatoriske rammeverk satte en stopper for at KLP kunne erverve mer enn 15 % av aksjene i nettselskapet, jf. forsikringsvirksomhetsloven § 6-2 første ledd.²⁰⁶

Som følge av at finansdepartementet kun tillot KLP å erverve 15 % av aksjene i nettselskapet, gikk partene inn for en kombinasjon av aksjeerverv og lånekapital. KLP ytet

²⁰³ Jf. Matre (2012) s. 89-90.

²⁰⁴ Jf. Matre (2012) s. 18.

²⁰⁵ Jf. Lov om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv. av 10. juni 2005 nr 44 (forsvl.).

²⁰⁶ Jf. finansdepartementets brev til KLP 7. november 2011.

et fondsobligasjonslån tilsvarende verdien av 20 % av aksjene i TrønderEnergi Nett AS. Lånet, som partene selv betegnet «hybridlån», hadde en løpetid på 99 år og var «dypt subordinert», med andre ord vil det stå tilbake i prioritet for selskapets kreditorer i tilfelle av gjeldsforhandling, konkurs eller annen oppløsning av selskapet.²⁰⁷ Videre skal KLPs minoritetsinteresser være sikret i en aksjonæravtale.²⁰⁸ Gjennom dette arrangementet var resultatet at KLP langt på vei sikret seg en eierposisjon lik det opprinnelige målet om erverv av 35 % av aksjene i TrønderEnergi Nett AS. «Hybridkapital» var her et verktøy for å komme rundt forsikringsvirksomhetslovens begrensninger på forsikringsselskaps adgang til å eie aksjer i andre selskaper.

Eksempelen ovenfor har ingen direkte overføringsverdi til industrikonsesjonslovens vilkår om offentlig eierskap til vannfallsressursene. Like fullt er det tenkelig at det også her kan oppstå tilfeller hvor en privat eier forsøker å komme rundt det ubetingede vilkåret om minimum to tredeler offentlig eierskap gjennom et liknende lånearrangement. En privat investor kan for eksempel erverve en tredel av aksjene i et kraftselskap. Samtidig med ervervet yter investoren kraftselskapet et hybridlån med utbyttefastsatt rente til en verdi tilsvarende femten prosent av aksjene i selskapet. Som i KLP-eksempelen kan lånevilkårene være inngått etter ikke-forretningsmessige vilkår, med lang tilbakebetalingstid og med avtalt etterprioritet overfor øvrige fordringshavere. Eventuelle bindinger pålagt pengedebitor inntatt som vilkår i låneavtalen, herunder begrensninger på salg av eiendeler, investeringer, inngåelse av nye avtaler, ytterligere opplåning eller sikkerhetstillegg, vil kunne begrense de offentlige eiernes rådighet over vannfallsressursene ytterligere.²⁰⁹ I et slikt tilfelle vil den private investoren gjennom sin kombinerte minoritetsaksjonær- og kreditorposisjon kunne høste mer enn en tredel av utbyttet fra vannfallsressursene kraftselskapet innehar. Spørsmålet er da hvorvidt vilkåret om reelt offentlig eierskap vil være oppfylt.

²⁰⁷Jf. Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59 (dekl.) § 9-7 (2).

²⁰⁸ Alle opplysningene er hentet fra TrønderEnergis egen presentasjon under nettkonferansen 1. desember 2011.

²⁰⁹ Jf. Carlberg, (2003).

Formålsbestemmelsen i § 1 fremhever at vannfallsressursene tilhører og skal forvaltes til det beste for allmennheten. Et viktig hensyn bak eierskapsreglene er å sikre at den økonomiske verdien fra vannkraftproduksjon i all hovedsak tilfaller allmennheten gjennom spredt offentlig eierskap. Det kan være grunn til å anta at lovgiver har ment å begrense private aksjonærers mulighet til å høste av inntektene til vannfalleiende selskaper til en tredel. Til støtte for en slik tolkning taler omleggingen fra blokkprinsippet til det matematiske prinsipp.²¹⁰ I forarbeidene er det fremholdt at den gamle vurderingsmetoden etter blokkprinsippet ikke lar seg forene med formålet om reelt offentlig eierskap til vannkraftressursene. Dette fordi det muliggjorde selskapsstrukturer hvor private eieres samlede eierinnslag var høyere enn en tredel.²¹¹

Indirekte eierskap i tråd med blokkprinsippet medførte ikke at private aktører kunne oppnå negativ kontroll i et bakenforliggende selskap. Det hindret grensen på inntil en tredel av aksjene og stemmene i hvert selskapsledd av eierstrukturen. Imidlertid gir hver aksje i utgangspunktet rett til utbytte.²¹² Gjennom indirekte eierskap kunne dermed private aktører oppnå en samlet eierandel høyere enn en tredel, og dermed sikre seg en utbytterett som samlet sett overskred en tredel når alle selskapene i eierkjeden ble sett under ett.

Etter lovendringen i 2008 stenger ordlyden i ikl. § 2 første ledd andre punktum for at private samlet sett direkte eller indirekte kan eie mer enn en tredel av kapitalen og stemmene i offentlige vannkraftselskaper. En slik tilstramming av loven taler for at lånearrangementer som ikke er inngått etter alminnelige forretningsmessige vilkår, kan være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Når loven ikke tillater at det private eierinnslaget i en eierkjede samlet sett overskrider en tredel, trekker dette i retning av at disposisjoner hvis funksjon er å komme rundt dette, vil kunne være uforenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

²¹⁰ Jf. punkt 3.3.2 ovenfor.

²¹¹ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 37.

²¹² Jf. asl § 8-3 første ledd jf. § 4-1 første ledd.

En viss støtte for et slikt syn kan utledes fra industrikonsesjonslovens regler om utleie, hvor adgangen til finansiell utleie av vannkraftanlegg er særskilt regulert. Private kan for inntil 15 år av gangen leie den kommersielle råderett for hele eller deler av kraftproduksjonen uten overføring av driftsansvaret.²¹³ En slik kommersiell leierett vil kunne være et alternativ for private investorer som ønsker å investere i vannkraften, men ikke er interessert i å kjøpe eierandeler i et selskap med offentlige majoritetseiere. Det kan dermed argumenteres for at private investorers mulighet til å høste inntektene fra vannkraften i utgangspunktet er begrenset til å eie inntil en tredel av aksjene i et vannfalleiende selskap, og/eller ved å leie vannkraftanlegg for en begrenset tidsperiode.

Sentralt for vurderingen er også det EØS-rettslige kravet til en konsistent gjennomføring av formålet om offentlig eierskap i lovverket. En konsesjonspraksis som tillater bruk av hybridkapital til å komme rundt industrikonsesjonslovens eierskapsvilkår, kan underminere lovens system for å ivareta det overordnede formålet om offentlig eierskap til vannfallsressursene. Etter inkl. § 2 første ledd andre punktum er kravet at det «åpenbart» må foreligge reelt offentlig eierskap. Det er naturlig å oppfatte en slik skjerping av vilkåret dithen at lovgiver har ønsket å sikre en streng konsesjonspraksis, noe som igjen vil sikre at EØS-rettens krav til konsistens er overholdt.

Konklusjonen må være at lånearrangementer som langt på vei gir en privat minoritetseier en økonomisk interesse utover hva en aksjonær med en tredel av aksjene i et selskap vil ha etter aksjelovens normalregler, og hvor lånevilkårene ikke er inngått etter alminnelige forretningsmessige vilkår, vil kunne være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap.²¹⁴

5.4.3 Aksjepantsettelse med utbetaling av utbytte til panthaver

En aksjonær har rett til å pantsette egne aksjer, jf. asl. 4-8 (1). Videre kan aksjonæren inngå avtale om at utbytte skal utbetales til panthaveren uten de begrensninger som følger etter § 8-3 (2). Spørsmålet er hvorvidt en slik overføring av utbytte til en panthaver som er et privat rettssubjekt er forenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

²¹³ Jf. Forskrift om utleie av vannkraftanlegg av 25. juni 2010 nr. 939 § 5.

²¹⁴ Drøftelsen her må holdes adskilt fra de rene proforma-tilfeller. Disse er regulert av inkl. § 38.

Utgangspunktet må være at offentlige eiere står fritt til å avtale at utbytteretten for en periode skal overføres til panthaveren. Forutsetningen må imidlertid være at panteavtalen er inngått i tråd med alminnelige forretningsmessige vilkår. En evigvarende eller svært langvarig rett for en privat panthaver til å motta utbytte fra de offentlige eierne i et selskap med konsesjonspliktige vannfallsrettigheter, vil derimot være mer problematisk. Det må i hvert fall være tilfellet der hvor panthaveren også eier en tredel av aksjene i selskapet. Potensielt vil en privat investor, i kraft av egne aksjer og avtale om utbetaling av utbytte til panthaver, dermed potensielt kunne innkassere en utbytteandel fra selskapet med konsesjonspliktige vannfallsrettigheter langt utover en tredel. I tråd med drøftelsene i punkt 5.4.2 ovenfor, vil et slikt tilfelle neppe være i samsvar med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Retten til utbytte kan skilles fra eierretten i maksimalt 2 år.²¹⁵ De offentlige aksjonærene kan dermed overføre en utbytterett til et privat rettssubjekt for en kortere tidsperiode. En slik midlertidig overføring av utbytteretten vil i utgangspunktet være forenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

5.5 Særskilt om privat eierskap i bakenforliggende selskaper

I forarbeidene er vurderingen av eierskapet bak det vannfalleiende selskapet etter vilkåret om reelt offentlig eierskap særskilt kommentert.²¹⁶ Det er naturlig å tolke forarbeidene slik at en eierkjede kan være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap, selv om det ubetingede vilkåret om to tredeler offentlig eierskap er oppfylt.²¹⁷ Spørsmålet er dermed hva som skal til for at organiseringen av privat eierskap i bakenforliggende selskaper strider med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

²¹⁵ Jf. asl. § 8-3 (2).

²¹⁶ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 37.

²¹⁷ Jf. uttalelsen om i Ot. prp.nr. 61 (2007-2008) s. 37: «Andre aktuelle momenter det kan være relevant å vektlegge er om organiseringen bak det vannfalleiende selskap har en reell begrunnelse eller om organiseringen ikke tjener noe annet formål enn omgåelse».

Et moment nevnt i forarbeidene er hvorvidt organiseringen bak det vannfalleiende selskap har en reell begrunnelse, eller om den ikke tjener andre formål enn omgåelse.²¹⁸ Andre momenter som blir nevnt er om den samme eieren går igjen i hvert ledd i eierkjeden, antall ledd i eierkjeden bak det vannfalleiende selskap, og graden av spredning i eierskapet i hvert ledd.²¹⁹ Det er naturlig å behandle alle disse momentene under helhetsvurderingen av om eierstrukturen tjener en reel begrunnelse, eller om den ikke tjener andre formål enn omgåelse.

Begrepet «reell begrunnelse» introduseres som et moment av interesse for vurdering av organiseringen av privat eierskap i bakenforliggende selskaper. Noen nærmere redegjørelse av begrepet, inneholder forarbeidene imidlertid ikke. En slik presisering av en skjønnsmessig lovbestemmelse ved å introdusere et annet skjønnsmessig begrep, som heller ikke er nærmere forklart, bidrar i liten grad til å avklare rettsregelens innhold.

Forarbeidene er utredningsdokumenter til lover som Stortinget på et senere tidspunkt vedtar. Generelt sett er forarbeider en viktig rettskildefaktor når det skal tas stilling til rettsspørsmål etter norsk rett. I motsetning til hva som er tilfellet for lovtekster, bør det utvises varsomhet med fintolkningen av forarbeidene. Først og fremst bør det søkes fastlagt hva som subjektivt er ment i forarbeidene slik at lovgivers formål kommer tydeligere frem.²²⁰ Tidvis kan det imidlertid være vanskelig å fastlegge hva som subjektivt er ment i forarbeidene. Der hvor uttrykksformen er knapp eller uklar reduseres derfor forarbeidenes relative vekt som rettskildefaktor.

Siden forarbeidene ikke redegjør noe for det nærmere innholdet av «reelt begrunnet», taler dette i utgangpunktet for at formuleringen i forarbeidene ikke tillegges noen særskilt vekt når en skal vurdere hvorvidt organiseringen av privat eierskap i bakenforliggende selskaper som eier vannfalleiende selskap oppfyller vilkåret om reelt offentlig eierskap. Her kan det imidlertid innvendes at «reelt begrunnet» kan være et nyttig moment for vurderingen av om

²¹⁸ Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 37.

²¹⁹ Ot. Prp. Nr. 61 (2007-2008) s. 37.

²²⁰ Andenæs (2009) s. 44.

det skjønnsmessige eierskapsvilkåret er oppfylt. Hvis innholdet av «reelt begrunnet» presiseres nærmere, kan det tjene som et moment i vurderingen av hvorvidt organiseringen av privat eierskap i bakenforliggende selskaper oppfyller vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Innføringen av energiloven og liberaliseringen av kraftmarkedet på 90-tallet endret driften av kraftselskapene. Dagens system skal sikre en samfunnsmessig rasjonell produksjon, omsetning, overføring, fordeling og bruk av energi, jf. formålsbestemmelsen i energiloven § 1-2. I forarbeidene er dette utdypet slik at hovedformålet er å sikre «hensynet til riktig ressursbruk i produksjon og fordeling av energi» og videre «legge rettslig grunnlag for effektivisering av kraftmarkedet». ²²¹ Markedsliberaliseringen har ført til at kraftselskapene i dag drives etter alminnelige forretningsmessige prinsipper. Hovedformålet er derfor høyest mulig avkastning på investert kapital for eierne. De disposisjoner som et kraftselskap foretar bør derfor i utgangspunktet ha en forretningsmessig begrunnelse som ledd i en optimalisering av virksomheten.

Siden kraftselskapene i utgangspunktet styres i henhold til alminnelige forretningsmessige prinsipper, kan det argumenteres for at en vurdering av om organiseringen av privat eierskap i bakenforliggende selskaper har en forretningsmessig egenverdi vil være velegnet for å avdekke hvorvidt denne har en reell begrunnelse, eller om organiseringen ikke tjener noe annet formål enn omgåelse. Et slikt moment vil gi en noe mer konkret anvisning på hvordan vurderingen av hvorvidt en eierkjedestruktur oppfyller vilkåret om reelt offentlig eierskap.

I denne sammenheng kan det for øvrig vises til Høyesteretts praksis på skatterettens område. Der har Høyesterett lagt vekt på hvorvidt disposisjoner mellom selskaper i samme konsernforhold eller med samme eiere har en forretningsmessig egenverdi, eller om det

²²¹ Ot.prp.nr.43 (1989-1990) s. 83.

utelukkende tjener skatteomgåelsesformål.²²² Noen direkte overføringsverdi har ikke Høyesteretts praksis på skatterettens område her, men det illustrerer likevel hvordan forretningsmessig egenverdi kan være et retningsgivende moment når en skal vurdere hvorvidt en disposisjon er reelt begrunnet eller om den kun har til hensikt å omgå en bestemt lovregulering.

På denne bakgrunn mener jeg at vilkåret om reelt offentlig eierskap bør forstås slik at det må gjøres en helhetsvurdering av hvorvidt privat eierskap i bakenforliggende selskaper eller foretak har en forretningsmessig egenverdi og således er reelt begrunnet. Dersom utfallet av en slik vurdering er at organiseringen utelukkende tjener omgåelsesformål, vil det være et viktig moment som taler i retning av at vilkåret om reelt offentlig eierskap ikke er oppfylt.

5.6 Kan forvaltningen dispensere fra eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum?

Fra kapittel 3 til og med kapittel 5 punkt 5.5 har jeg foretatt en grundig analyse av vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum. Spørsmålet her er hvorvidt vilkårene gjelder absolutt, eller om forvaltningen har kompetanse til å dispensere fra vilkårene.

For erverv av eierandeler i selskaper foreligger det ingen dispensasjonshjemmel. En mulighet til å dispensere fra konsesjonsvilkårene ved erverv av eierandeler i offentlige kraftselskaper ville undergravet hele intensjonen bak lovendringen i 2008 om å etablere en konsistent lovregulering for offentlig eierskap til vannfallsressursene. Konklusjonen må være at forvaltningen ikke har kompetanse til å dispensere fra eierskapsvilkårene ved erverv av eierandeler i offentlige kraftselskaper.

²²² Jf. for eksempel Rt. 2012 s. 1888 (Dyvi), jf. avsnitt 37 hvor førstvoterende uttaler at en disposisjons forretningsmessige egenverdi er et moment i vurderingen etter skatterettens ulovfestede gjennomskjæringsregel. Dommen bygger på tidligere avgjørelser fra Høyesterett, jf. blant annet er Rt. 2008 s. 1510, jf. avsnitt 62, og Rt. 1997 s. 1580, jf. s. 1586.

Dispensasjonshjemmel foreligger imidlertid for konsesjonsplikten ved erverv av eiendomsrett til vannfall. Etter ikl. § 1 femte ledd kan departementet gjøre unntak fra konsesjonsplikten når «særlige grunner» foreligger. Spørsmålet er hvorvidt departementet har kompetanse til å dispensere fra konsesjonsplikten dersom «særlige grunner» foreligger, selv om eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum ikke er oppfylt. Hvis dette besvares bekreftende vil selskaper som ikke oppfyller kravet til offentlig eierskap, likevel kunne erverve eiendomsrett til vannfall.

Ordlyden i ikl. § 1 femte ledd favner vidt. Den stenger i utgangspunktet ikke for at det kan dispenseres fra konsesjonsplikten for en privat aktør i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap er oppfylt. Spørsmålet er hvilke forhold som kan utgjøre «særlige grunner» etter ikl. § 1 femte ledd.

Forarbeidene gir veiledning om hvilke motiver lovgiver hadde da unntaket fra konsesjonsplikten ble vedtatt i 1990.²²³ Ifølge forarbeidene ble unntaksbestemmelsen tatt inn i loven for å legge til rette for omorganisering av kraftselskaper.²²⁴ Behovet for omorganiseringer oppsto som følge av markedsliberaliseringen gjennom vedtakelsen av energiloven i 1990.²²⁵ Unntaket fra konsesjonsplikten ved «særlige grunner» ble altså tatt inn i industrikonsesjonsloven mange år før forholdet til EØS-retten og lovendringen i 2008.

I odelstingsproposisjonen til lovendringen i 2008 er unntaksbestemmelsen fra konsesjonsplikten og forholdet til vilkåret om reelt offentlig eierskap kommentert. Departementet understreker at også i fremtiden vil det være behov for å legge til rette for fornuftige sammenslutninger av kraftselskaper. Dette var begrunnelsen for at unntaket ble opprettholdt.²²⁶

²²³ Jf. lov av 1. juni 1990 nr. 15.

²²⁴ Jf. Ot. prp. nr. 31 (1989-1990) s. 1 og 3.

²²⁵ Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. av 29. juni 1990 nr. 50 (enl.).

²²⁶ Jf. ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 69.

Imidlertid er det forutsatt at «unntaksbestemmelsen må praktiseres i tråd med konsolideringsmodellen.» Av denne grunn er det forutsatt en strengere fortolkning av bestemmelsen enn hva som var etablert konsesjonspraksis forut for lovendringen. Når odelstingsproposisjonen viser til «prinsippene i konsolideringsmodellen», er det formentlig siktet til de ulike lovendringene som skulle sørge for en konsistent gjennomføring av et system for offentlig eierskap til vannfallsressursene. Videre er det vist til at formålsbestemmelsen om offentlig eierskap skal tillegges stor vekt ved fortolkningen av unntaket fra konsesjonsplikten ved særlige grunner.²²⁷

Odelstingsproposisjonen må anses for etterarbeider i relasjon til bestemmelsen i ikl. § 1 femte ledd. Presiseringen i odelstingsproposisjonen om tolkningen av unntaksbestemmelsen harmonerer imidlertid godt med formålsbestemmelsen i ikl. § 1 første ledd, og operasjonaliseringen av dette formålet gjennom vilkårene til offentlig eierskap i ikl. § 2 første ledd andre punktum. Odelstingsproposisjonens syn på fortolkningen av unntaket i ikl. § 1 femte ledd harmonerer også godt med en tolkning av industrikonsesjonsloven som er i samsvar med EØS-retten. En vid adgang til å gjøre unntak fra konsesjonsplikten i tilfeller hvor vilkåret om reelt offentlig eierskap ikke er oppfylt, ville undergrave formålet bak lovendringen i 2008, hvis hovedmotiv var å etablere et konsistent system for etablering av offentlig eierskap til vannfallsressursene, en forutsetning i EFTA-domstolens avgjørelse for at offentlig eierskap kunne være en legitim begrunnelse for restriksjoner på EØS-avtalen art. 31 og 40.²²⁸ Trolig ville en vid praktisering av unntaksbestemmelser i slike tilfeller være en anvendelse av industrikonsesjonsloven i strid med EØS-rettens krav til konsistens.

Konklusjonen må derfor være at forvaltningen bare kan dispensere fra konsesjonsplikten med hjemmel i ikl. § 1 femte ledd så lenge eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre

²²⁷ Jf. ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 69.

²²⁸ Jf. Sak E-2/06 (Hjemfallsaken) avsnitt 73: "A regime which merely brings or keeps this class of assets predominantly under public ownership, while at the same time leaving it to the discretion of the relevant authorities whether private ownership of the assets should be re-established, cannot be said to aim at establishing a system of property ownership under Article 125 EEA."

punktum er oppfylt. Dersom eierskapsvilkårene ikke er oppfylt, vil forvaltningen ikke ha kompetanse til å dispensere fra konsesjonsplikten.

5.7 Oppsummering

Kapittelets hovedproblemstilling har vært hva som kan fastsettes i vedtekter, aksjonæravtaler eller lignende innenfor rammen av vilkåret om reelt offentlig eierskap. I punkt 5.2 kom jeg etter en samlet vurdering av de relevante rettskildefaktorer frem til følgende utgangspunkt for innholdet i vilkåret om reelt offentlig eierskap: Disposisjoner til fordel for private rettssubjekter, utover selskapslovgivningens normalregler, kan stride med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Mindre avvik fra selskapslovgivningens normalregler vil kunne aksepteres, så lenge formålet om offentlig eierskap og kontroll over vannfallsressursene blir realisert. Derimot vil disposisjoner hvor private sikrer seg negativ kontroll over selskapet, i hvert fall som en hovedregel, være uforenelig med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

I punkt 5.3 og 5.4 er det på bakgrunn av forarbeidenes anvisning foretatt en gjennomgang av typetilfeller. Gjennomgangen var basert på en hovedinndeling i organisatoriske og økonomiske rettigheter til en privat minoritetseier utover selskapslovgivningens normalregler. En samlet vurdering av rettskildene viser at det er vanskelig å angi i detalj hvilke krav vilkåret til reelt offentlig eierskap oppstiller. Noen av konklusjonene ovenfor vil derfor være beheftet med usikkerhet. Slik loven er utformet, og i mangel av veiledning fra andre rettskilder, er det imidlertid utfordrende å konkludere hvor rammene for vilkåret om reelt offentlig eierskap går for ulike rettigheter til fordel for private eiere.

En slik rettslig usikkerhet er uheldig da det kan gå utover berørt parter behov for forutberegnelighet. Denne usikkerheten med hensyn til forståelsen av vilkåret fremgår også av gjennomgangen av Jämtkraft ABs erverv av aksjer i Troms Kraftforsyning og Energi AS. Både olje- og energidepartementet og tingrettens uttalelser i saken kunne vært grundigere og mer tydelige. En overordnet konklusjon er derfor at det er noe usikkert hva som utgjør en korrekt fortolkning av vilkåret om reelt offentlig eierskap.

I punkt 5.5 er det forklart hvordan vilkåret om reelt offentlig eierskap kan stå i veien for privat eierskap i bakenforliggende selskaper, selv om vilkåret om minimum to tredeler offentlig eierskap er oppfylt. Her har jeg argumentert for at forretningsmessig egenverdi bør være et sentralt moment for forvaltningens vurdering av om eierstrukturen tjener en reel begrunnelse, eller om den utelukkende har omgåelse av ikl. § 2 første ledd andre punktum til formål.

I kapittelets siste punkt 5.6 var spørsmålet hvorvidt forvaltningen har kompetanse til å dispensere fra konsesjonsplikten dersom vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum ikke er oppfylt. Det ble konkludert med at vilkårene i ikl. § 2 første ledd gjelder absolutt. Forvaltningen vil derfor bare kunne dispensere fra konsesjonsplikten i § 1 femte ledd så lenge vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum er oppfylt.

6 Erverv av eierandeler i selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter

6.1 Innledning

Så langt har avhandlingen omhandlet vilkårene til offentlig eierskap. Fremstillingen er begrunnet med at eierskapsvilkårene ofte vil utgjøre de avgjørende rettslige skranker for erverv av eierandeler i offentlige vannkraftselskaper. Dersom eierskapsvilkårene ikke er oppfylt, vil det ikke være mulig å erverve eierandeler i et offentlig kraftselskap. Selv om kravene til offentlig eierskap utgjør en helt sentrale skranker for erverv av eierandeler i offentlige vannkraftselskaper, inneholder industrikonsesjonsloven også andre bestemmelser som er relevant for avhandlingens tema. I dette kapittelet vendes blikket mot industrikonsesjonslovens bestemmelser som regulerer erverv av eierandeler i vannkraftselskaper. Disse er oppstilt i industrikonsesjonslovens kapittel 3. Bestemmelsene reiser en rekke tolkningsspørsmål som fordrer nærmere omtale. Temaet i dette kapittelet er følgelig industrikonsesjonslovens bestemmelser for erverv av eierandeler i vannfalleiende selskaper.

Loven oppstiller et skille mellom erverv av eierandeler i selskaper med begrenset og ubegrenset ansvar i ikl. §§ 36 og 37. I punkt 6.2 behandler jeg konsesjonspliktige erverv av andeler i selskaper med begrenset ansvar etter ikl. § 36. Ikke alle erverv av aksjer av eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar er konsesjonspliktig. Det er først når erververen i etterkant av ervervet innehar 20 prosent av aksjer, parter eller stemmer i selskapet, at ervervet er konsesjonspliktig. I punkt 6.3 tar jeg derfor for meg industrikonsesjonslovens regler for konsesjonsfrie erverv av andeler i selskaper med ubegrenset ansvar.

Dernest er temaet i punkt 6.4 erverv av andeler i selskaper med ubegrenset ansvar etter ikl. § 37. Etter gjeldende rett er private rettssubjekter avskåret fra å erverve eierandeler i selskaper som faller inn under ikl. § 37. Et aktuelt rettspolitisk spørsmål er hvorvidt private rettssubjekter bør kunne erverve eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar. Denne problemstillingen drøfter jeg i punkt 6.4.3.

Ikke alle vannfallsrettigheter har vært gjenstand for konsesjonsbehandling. For slike ukonsederte vannfallsrettigheter knytter det seg særlige rettsspørsmål som er drøftet under punkt 6.5. Det må sondres mellom utbygde og ikke utbygde ukonsederte vannfallsrettigheter. I punkt 6.5.1 er spørsmålet hvorvidt et privat rettssubjekt kan erverve eierandeler i et selskap i helt eller delvis privat eie som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter som er utnyttet til kraftproduksjon. Til slutt drøfter jeg i punkt 6.5.2 hvorvidt private grunneiere har adgang til å gå sammen om utbygging av kraftverk i et vannfall som tidligere ikke har vært utnyttet til kraftproduksjon, uten at industrikonsesjonslovens konsesjonsplikt og krav til offentlig eierskap utløses.

6.2 Konsesjonsplikt for erverv av andeler i selskaper med begrenset ansvar

6.2.1 Generelle vilkår etter ikl. § 36

Etter industrikonsesjonsloven § 2 første ledd kan kun visse bestemte offentlige rettssubjekter få konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall. Dette kravet til et

konsistent lovverk ble likevel ikke ansett for å stå i veien for at private rettssubjekter kan erverve inntil en tredel av aksjer, parter eller rettigheter til aksjer eller parter i et offentlig vannfalleiende selskap med begrenset ansvar.²²⁹ Reglene for slike erverv er oppstilt i ikl. § 36. Bestemmelsen setter som vilkår at alle erverv hvor erververen i etterkant vil inneha 20 prosent av aksjer, parter eller stemmer i selskapet, er konsesjonspliktig.

Det sentrale formålet med ikl. § 36 er å forhindre omgåelser av konsesjonsplikten etter § 1 andre ledd for erverv av eiendomsrett til vannfall gjennom erverv av aksjer i vannfalleiende selskaper. Industrikonsesjonslovens utgangspunkt er at disse to ulike formene for erverv må holdes adskilt. Dette markeres blant annet ved at bestemmelsene er å finne i ulike kapitler. De to ulike ervervsformene likestilles imidlertid for erverv av mer enn 90 prosent av aksjene, partene eller rettighetene til aksjene eller partene i et vannfalleiende selskap, jf. ikl. § 39. Ved erverv av mer enn 90 prosent, må erververen søke om konsesjon i medhold av reglene om erverv av eiendomsrett til vannfall, jf. ikl. § 1 andre ledd. Erverv av eiendomsrett til vannfall er kun tillatt for statsforetak, kommuner eller fylkeskommuner, eller selskap hvor disse rettssubjektene innehar to tredeler av kapitalen og stemmene, jf. ikl. § 2 første ledd.

Konsolideringsmodellens innføring av maksgrense for private erverv av en tredel av kapitalen og stemmene i vannfalleiende selskaper har gitt ikl. § 36 en ny og viktig funksjon. Bestemmelsen skal sikre konsesjonsmyndighetene kontroll med erverv av eierandeler som kan være i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd andre punktum.²³⁰

Ikl. § 36 er temmelig innfløkt utformet. En oppdeling av vilkårene er hensiktsmessig for å tydeliggjøre bestemmelsens innhold.

²²⁹ Jf. innst. O. nr. 78 (2007-2008) s. 6 og Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 63-64.

²³⁰ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 47.

Ervervsobjektet etter § 36 første ledd er «aksjer, parter eller rettigheter til aksjer eller parter i et selskap med begrenset ansvar». Som det presiseres i bestemmelsen må selskapet naturligvis inneha eiendomsrett til vannfall eller annen rettighet som erververen ikke kunne ha ervervet uten konsesjon etter ikl. § 2 eller vedtak etter ikl. § 4. Ordlyden åpner for at også andre selskapsformer enn aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper kan tenkes, så lenge eierne har begrenset ansvar.²³¹ Særlig praktisk ser dette imidlertid ikke ut til å være for vannfalleiende selskaper.

Til tross for at ordlyden omfatter mer enn aksjer, vil nok aksjeervert være den formen for ervert som vil forekomme hyppigst. Forarbeidene ser også ut til å legge en slik oppfatning til grunn.²³² For enkelthetens skyld bruker jeg derfor det noe upresise begrepet «aksjeervert» om ervert etter § 36 i den videre drøftelsen. Ervert av andeler i selskaper med ubegrenset ansvar reguleres i ikl. § 37. For slike selskaper gjelder andre regler. Dette behandles under 6.4 nedenfor.

Konsesjonsplikten etter § 36 utløses ved «ervert». På samme måte som konsesjonsplikten for ervert av eiendomsrett til vannfall, må utgangspunktet i tråd med ordlyden i § 36 være at ethvert ervert omfattes,²³³ såfremt grensen på 20 prosent av aksjer, parter eller stemmer overskrides. Videre henger konsesjonsplikten for ervert av henholdsvis eiendomsrett til vannfall og andeler i vannfalleiende selskaper slik sammen at også lovens system taler for at ervertsbegrepet tolkes likt. Siden ervertsobjektet etter ikl. § 2 og 36 er ulikt, vil det imidlertid være visse ervertsformer som kun vil være aktuell for hver av bestemmelsene. Et viktig ervertstilfelle som kun vil være aktuelt etter § 36 er kapitalforhøyelse ved nytegning av aksjer.²³⁴ Private rettssubjekters ervert av aksjer i offentlige vannfalleiende

²³¹ Jf. Lov om samvirkeforetak av 29. juni 2007 nr. 81 § 1 (2) nr. 2. De ti største kraftprodusentene i Norge som innehar 75 prosent av produksjonskapasiteten er alle aksjeselskaper, jf. Fakta 2013, Energi- og vannressurser i Norge s. 19.

²³² Jf. begrepsbruken i Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 46.

²³³ Jf. Ot. prp. nr. 6 (1972-1973) s. 33, hvor forarbeidene til tidligere konsesjonslov presiserer ervertsbegrepet i industrikonsesjonsloven. Riktignok har denne presiseringen karakter av å være etterarbeider for industrikonsesjonslovens del. At den gir uttrykk for korrekt fortolkning av loven er uansett lite tvilsomt.

²³⁴ Jf. aksjeloven kapittel 10. Emisjoner må antas å være relativt praktisk for private rettssubjekters ervert av andeler i offentlige vannfalleiende selskaper. Dette skyldes at det offentlige vannfalleiende selskapet typisk

selskaper gjennom fusjon kan også tenkes.²³⁵ Det vil være tilfelle der hvor et offentlig vannfalleiende selskap slås sammen med et privat rettssubjekt.

En særlig problemstilling knytter seg til situasjonen der et rettssubjekt har en rett, men ingen plikt, til å erverve aksjer i et vannfalleiende selskap.²³⁶ Ordlyden i § 36 knytter seg til erverv. En opsjon er intet erverv. Det er først når opsjonen nyttiggjøres av rettighetshaver at ervervet finner sted. Dette følger uttrykkelig for visse opsjoner som er regulert i ikl. § 29 andre ledd.²³⁷ Også for opsjoner som ikke er omfattet av § 29 andre ledd må utgangspunktet være at først når opsjonen utøves av rettighetshaver skjer det et erverv og konsesjonsplikt inntre.²³⁸

Annerledes stiller det seg muligens der hvor en aksjeopsjon er kombinert med en stemmerettsfullmakt. Det kan diskuteres om et slikt forhold vil utgjøre en omgåelse som må være omfattet av ikl. § 38 tredje ledd.²³⁹ Særlig praktisk vil et slikt tilfelle neppe være. En stemmerettsfullmakt vil etter aksjeloven § 5-2 til enhver tid kunne kalles tilbake, slik at en stemmerettsfullmakt på opsjonshaverens hånd vil være forbundet med usikkerhet, og dermed være lite attraktiv.²⁴⁰

For å ivareta formålet om offentlig eierskap etter ikl. § 1 første ledd, kan det argumenteres for at også andre rettslige disposisjoner enn hva som i alminnelighet er omfattet av ervervsbegrepet likevel må være omfattet av bestemmelsen. Et eksempel på en slik disposisjon kan være en kontraktsforpliktelse hvor et privat rettssubjekt får vesentlig innflytelse over forvaltningen av det vannfalleiende selskapet. Mulig omgåelsestilfeller må

vil åpne opp for privat deleierskap for å sikre selskapet tilførsel av frisk egenkapital. Da KLP ervervet 15 prosent av aksjene i det kommunalt eide kraftselskapet Tussa, ble 2,2 prosent av aksjene ervervet ved emisjon.

²³⁵ Jf. Aksjeloven kapittel 13.

²³⁶ Jf. for eksempel aksjeloven § 11-1.

²³⁷ Opsjoner omfattet av § 29 andre ledd er kun gyldig i 5 år. En problemstilling er hvorvidt denne særskilte foreldelsesfristen også må gjelde for aksjeopsjoner, herunder konvertible lån etter aksjeloven § 11-1. Falkanger argumenterer for at foreldelsesfristen etter § 29 andre ledd ikke gjelder for aksjeopsjoner. Han begrunner dette med en forklaring av bestemmelsens tilblivelse og endringer. Se Falkanger (1989), s. 368.

²³⁸ Jf. Falkanger (1989) s. 367.

²³⁹ Jf. Falkanger (1989) s. 368.

²⁴⁰ Jf. Lowzow (1993) s. 257.

imidlertid anses å være tilstrekkelig ivaretatt gjennom ikl. § 2 første ledd andre punktum jf. § 3, samt proformabestemmelsen i ikl. § 38. Utvidende tolkning av ervervsbegrepet i ikl. § 36 må være utelukket.

Ikl. § 36 har utfyllende regler i første, andre og tredje ledd som skal forhindre omgåelser av konsesjonsplikten gjennom nærstående, bakenforliggende selskaper eller at selskapet kjøper opp egne aksjer. Identifikasjonsreglene er detaljerte, men relativt klare som følge av visse språklige endringer ved lovendringen i 2008.²⁴¹ Noen nærmere gjennomgang av disse reglene anses ikke nødvendig her.

6.2.2 Prosessuelt vilkår: styresamtykke

Et absolutt vilkår etter ikl. § 36 er at styret i det vannfalleiende selskapet samtykker til aksjesalget. Styrets ansvar for forvaltningen av selskapet gjør det godt informert om selskapets økonomiske stilling og eierforhold.²⁴² Da regelen om styresamtykke ble innført var begrunnelsen i forarbeidene at selskapets styre vil være egnet til å avdekke omgåelser av regelverket gjennom en kontrollfunksjon.²⁴³ Ikl. § 36 har blitt endret en god del siden den gang, men regelen om styresamtykke ligger fast. Bestemmelsens begrunnelse i dag må formentlig være at styret kan føre kontroll med at industrikonsesjonslovens vilkår er oppfylt, herunder vilkåret om offentlig eierskap.²⁴⁴

Også aksjeloven har styresamtykke som lovens normalregel, men det åpnes for at vedtektene kan fastsette at samtykke ikke kreves.²⁴⁵ Industrikonsesjonslovens krav til styresamtykke vil gå foran en eventuell vedtektsbestemmelse hvor dette ikke kreves.²⁴⁶

²⁴¹ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 46 – 47.

²⁴² Jf. Asl. § 6-12.

²⁴³ Ot.prp. nr. 69 (1966-67) s. 76.

²⁴⁴ Jf. ikl. § 36 åttende ledd jf. ikl. § 2 første ledd.

²⁴⁵ Jf. asl. § 4-15 (2).

²⁴⁶ Konsesjonsfrie aksjerverv, jf. punkt 6.3 nedenfor, krever ikke styresamtykke etter industrikonsesjonsloven. Dette kan by på en særlig problemstilling for allmennaksjeselskaper. Allmennaksjeloven har i motsetning til aksjeloven ikke styresamtykke som normalregel, jf. asal. § 4-15 (2). Vannfalleiende allmennaksjeselskaper vil likevel ha en interesse i å innta en bestemmelse om styresamtykke i vedtektene. På denne måten vil styret kunne føre kontroll med at industrikonsesjonslovens vilkår om reelt offentlig eierskap overholdes.

6.2.3 Materielt vilkår: reelt offentlig eierskap

Foruten det prosessuelle kravet om styresamtykke i fjerde ledd, oppstilles et ubetinget materielt vilkår i ikl. § 36 åttende ledd. Bestemmelsen slår fast at konsesjon til aksjeerverv ikke kan gis dersom det medfører at «et selskap, foretak, lag eller sammenslutning som nevnt i § 3 første ledd ikke oppfyller vilkårene i § 2 første ledd». Vilkåret kom inn i ikl. § 36 ved lovendringen i 2008 og sørger for at konsesjoner til private rettssubjekters aksjeerverv sammenkobles med vilkårene om offentlig eierskap som stilles til konsesjonærer etter § 2 første ledd. Vilkårets materielle innhold er behandlet i kapittel 3, 4 og 5 ovenfor.

6.2.4 Forvaltningens lovbundne kompetanse etter ikl. § 36

Konsesjonsplikten etter ikl. § 36 gjelder ubetinget, med unntak for visse familierettslige erverv etter ikl. § 36 femte ledd. Et spørsmål er hvorvidt forvaltningen har kompetanse til å avvise en konsesjonssøknad selv om alle vilkårene i § 36 er oppfylt. Dette er et spørsmål om forvaltningens kompetanse er strengt lovbunden, slik at konsesjon må gis når alle vilkårene er oppfylt, eller hvorvidt forvaltningen likevel har kompetanse til å avvise en konsesjonssøknad på bakgrunn av omstendigheter i hvert enkelt tilfelle.

Ikl. § 36 slår i første ledd fast at for visse aksjeerverv «kreves konsesjon». I sjette og syvende ledd presiseres forvaltningens kompetanse til å fastsette bestemte konsesjonsvilkår. Det presiseres imidlertid ikke hvilken kompetanse forvaltningen har til å innvilge konsesjoner etter § 36.²⁴⁷ Der hvor forvaltningen har kompetanse til selv å vurdere om konsesjon i hvert enkelt tilfelle skal gis, markeres dette gjerne med det modale

²⁴⁷ Spørsmålet er drøftet i kjennelse avsagt av Nord-Troms tingrett 5. oktober 2012 s. 12. Tingretten tolker industrikonsesjonsloven slik at forvaltningen har kompetanse til å avslå konsesjonssøknad etter ikl. § 36 selv om alle vilkårene er oppfylt. Dette er begrunnet med en henvisning til «kan-skjønnet» i ikl. § 2 første ledd. Tingrettens kjennelse tar altså utgangspunkt i ikl. § 2 første ledd når den skal fastlegge forvaltningens kompetanse til å fatte vedtak etter ikl. § 36. En slik sammenblanding av forvaltningens kompetanse etter ikl. §2 første ledd og § 36 er det neppe rom for. Disse to bestemmelsene regulerer forvaltningens kompetanse for to ulike ervervstilfeller som krever konsesjon. At ikl. § 36 åttende ledd henviser til vilkåret om reelt offentlig eierskap i ikl. § 2, er uten betydning for dette tolkningsspørsmålet.

hjelpeverbet «kan».²⁴⁸ Dette er tilfellet i ikl. § 2 første ledd. Denne bestemmelsen regulerer imidlertid erverv av eiendomsrett til vannfall. Det kan ut fra systembetraktninger argumenteres for at når forvaltningen har diskresjonær kompetanse etter ikl. § 2 første ledd, er det naturlig at den også har det etter ikl. § 36.

Erverv av eiendomsrett til vannfallet er imidlertid mer omfattende enn erverv av eierandeler i selskaper som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter. Av denne grunn vil det være større behov for skjønnsmessige vurderinger fra forvaltningens side for konsesjonssøknader etter ikl. § 2 i forhold til ikl. § 36. Siden ikl. § 36 i motsetning til ikl. § 2 første ledd ikke inneholder det modale hjelpeverbet «kan», er det naturlig å tolke bestemmelsen slik at lovgiver her har ment at forvaltningen ikke skal ha diskresjonær kompetanse.

Det er lite veiledning å hente i eldre forarbeider til ikl. § 36 vedrørende forvaltningens kompetanse til å nekte konsesjon selv om alle vilkår skulle være oppfylt.²⁴⁹ Heller ikke i forarbeidene til lovendringen i 2008 inneholder uttalelser om forvaltningens kompetanse. Av den forvaltningspraksis som foreligger er inntrykket at Olje- og Energidepartementet nærmest automatisk innvilger konsesjon når vilkårene i ikl. § 36 er oppfylt.²⁵⁰

Konklusjonen må trolig være at forvaltningen plikter å innvilge en konsesjonssøknad dersom alle vilkårene i ikl. § 36 er oppfylt. Forvaltningens kompetanse etter ikl. § 36 er altså strengt lovbunden.

6.3 Konsesjonsfrie erverv av eierandeler i selskaper med begrenset ansvar

Ikke alle erverv av eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar er konsesjonspliktige. Konsesjonsfrie erverv er temaet i dette punktet.

²⁴⁸ Jf. Eckhoff (2010) s 393. Som understreket av forfatterne er «kan» et flertydig ord. Selv når ordlyden i den aktuelle kompetansebestemmelsen inneholder ordet «kan» er det altså ingen automatikk i at forvaltningen har frihet til å bestemme om et vedtak skal treffes. Det beror på en konkret ordlydsfortolkning.

²⁴⁹ Jf. Ot. prp. nr. 31 s. 4 til endringslov av 24. jnui 1931 nr. 19 og Ot. Prp. nr. 69 (1966-67) s. 74 til endringslov 19. juni 1969 nr. 65.

²⁵⁰ Jf. meddelte vassdragskonsesjoner i perioden 2008 til 2012.

For det første er spørsmålet hvilke erverv som er konsesjonsfrie. Konsesjonsplikten inntreder først dersom erververen «.. blir innehaver av aksjer, parter eller rettigheter til aksjer eller parter som representerer mer enn en femdel av samtlige aksjer, parter eller stemmer i selskapet...». Dersom erververen ikke eier aksjer i selskapet forut for ervervet, vil kun aksjeerverv av 20 prosent og oppover utløse konsesjonsplikt etter § 36. Hvis en aksjonær allerede eier 19,9 prosent av samtlige aksjer i det vannfalleiende selskapet, vil et ytterligere erverv av 0,1 prosent av aksjene i det vannfalleiende selskapet være konsesjonspliktig. Deretter vil ethvert erverv for en aksjonær som overskrider grensen på 20 prosent være konsesjonspliktig. Grensen på 20 prosent kan overskrides uten at aksjene representerer mer enn 20 prosent av samtlige aksjer i det vannfalleiende selskapet. Dette vil være tilfellet i selskaper hvor kun bestemte aksjeklasser gir stemmerett som følge av bestemmelser i vedtektene.²⁵¹ Med andre ord vil et erverv av for eksempel 15 prosent av samtlige aksjer i det vannfalleiende selskapet utløse konsesjonsplikt etter § 36, dersom disse aksjene representerer mer enn 20 prosent av samtlige stemmer i selskapet.

For det andre fortjener selve grensen for konsesjonspliktige aksjeerverv nærmere omtale. Spørsmålet er hvorfor den er satt til 20 prosent. Aksjeloven har ingen bestemmelser som skulle tilsi at grensen skal settes til nettopp 20 prosent.²⁵² Tidligere var grensen i inkl. § 36 satt til 10 prosent, noe som også etter aksjeloven utgjør en viktig grense for visse eksklusive rettigheter som kun tilligger eiere av 10 prosent eller flere av et selskaps samtlige aksjer.²⁵³ Da grensen ble hevet til 20 prosent ble det i forarbeidene vist til at daværende grense på 10 prosent var unødvendig streng. Videre ble det påpekt at daværende erfaringer skulle tilsi at det i all vesentlighet ikke skulle være behov for konsesjonsregulering av aksjeerverv under 20 prosent. Samtidig ble det ikke funnet grunnlag for at grensen skulle settes høyere enn 20 prosent.²⁵⁴

²⁵¹ Jf. asl. § 4-1 (1) andre punktum.

²⁵² Sml. for eksempel krav til vedtektsendringer i asl. § 5-18. En innehaver av en tredel av aksjene vil kunne blokkere vedtektsendringer, og dermed blant annet forhindre kapitalforhøyelse ved nytegning av aksjer, jf. §§ 10-1 (1) jf. 2-2 (1) nr. 4.

²⁵³ Jf. asl. §§ 4-26 (1) andre punktum, 5-(19) og 17-4 (1).

²⁵⁴ Jf. Ot. prp. nr. 5 (1988-1989) s. 18.

Da den konsesjonsfrie grensen i ikl. § 36 ble hevet fra 10 til 20 prosent i 1988 så rettskildebildet temmelig annerledes ut ettersom EØS-samarbeidet på daværende tidspunkt ikke var etablert. Da industristrikonsesjonsloven skulle endres som følge av utfallet i «Hjemfallsaken» fikk § 36 en ny funksjon: Å sikre konsesjonsmyndighetens kontroll med erverv eller andre endringer som vil stride mot vilkåret om reelt offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd andre punktum.²⁵⁵ Det ble inntatt en egen bestemmelse i ikl. § 36 åttende ledd som slår fast at det ikke kan gis konsesjon til aksjeerverv «som medfører at et selskap, foretak, lag eller sammenslutning som nevnt i § 3 første ledd ikke oppfyller vilkårene i § 2 første ledd». Dessuten ble det i § 36 siste ledd inntatt en bestemmelse som gir departementet hjemmel til å vedta forskrift om meldeplikt for endringer i det direkte eller indirekte eierskapet til vannfalleiende selskaper under den konsesjonsfrie grensen, samt for vesentlige endringer som påvirker organiseringen i vannfalleiende selskaper.

I forarbeidene er det fremhevet at konsesjonsplikten for erverv over 20 prosent kombinert med meldeplikt for erverv under konsesjongrensen, vil samlet sett oppfylle myndighetenes behov for kontroll for å sikre et reelt offentlig eierskap.²⁵⁶ Hvorvidt den konsesjonsfrie grensen bør justeres som følge av tilstrammingen av det offentlige eierskapet, går forarbeidene ikke nærmere inn på. Det er imidlertid naturlig å tolke forarbeidene slik at meldeplikten for konsesjonsfrie erverv ble ansett for tilstrekkelig for myndighetenes kontrollføring med det offentlige eierskapet. Slik loven ble vedtatt, med egen forskriftshjemmel hvor vannfalleiende selskaper pålegges meldeplikt for konsesjonsfrie erverv, skulle myndighetenes behov for tilsyn i utgangspunktet være ivaretatt.

Per dags dato har det imidlertid ikke blitt vedtatt noen forskrift. Meldeplikten som skulle sikre myndighetene kontroll med de konsesjonsfrie ervervene har ikke blitt gjennomført. Spørsmålet er så hvordan aksjeerverv under grensen på 20 prosent i § 36 skal håndteres etter industrikonsesjonsloven.

²⁵⁵ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 47.

²⁵⁶ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 47.

Utgangspunktet er klart. Erverv under grensen på 20 prosent er konsesjonsfrie. Under denne konsesjonsfrie grensen er aksjer fritt omsettelige. Et innhugg i denne friheten gjøres imidlertid i ikl. § 3. Bestemmelsens første ledd slår fast at ikl. § 2 første ledd får tilsvarende anvendelse, så langt den passer, for «direkte eller indirekte endringer av organiseringen i alle offentlige selskaper, foretak, lag eller sammenslutninger som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter etter denne lov eller tidligere lovgivning om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom». Videre følger det av ikl. § 3 andre ledd at dersom endringene fører til at selskapet ikke lenger oppfyller vilkåret om reelt offentlig eierskap i § 2 første ledd, får reglene i §§ 30, 31 og 32 tilsvarende anvendelse.

At private maksimalt kan inneha en tredel av kapitalen og stemmene i vannfalleiende offentlige selskaper er en klar regel. Mindre klart er det nærmere innholdet av vilkåret i ikl. § 2 første ledd andre punktum som krever at organiseringen av offentlige vannfalleiende selskaper skal være slik at «det åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap», jf. kapittel 4 og 5 ovenfor. Her vil det derfor være en risiko for at vannfalleiende selskaper ikke tolker vilkåret strengt nok, og derfor innvilger en privat minoritetseier større rettigheter i vedtekter eller aksjonæravtale enn hva loven tillater.

For konsesjonspliktige aksjeerverv vil myndighetene ha mulighet til å føre kontroll med hvorvidt om også dette skjønnsmessige vilkåret er oppfylt, jf. ikl. § 36 åttende ledd. For konsesjonsfrie erverv er lovens utgangspunkt at forvaltningen ikke kontrollerer om vilkåret er oppfylt. Det kan forekomme at det skjønnsmessige vilkåret blir tolket for liberalt av det vannfalleiende selskapet ved konsesjonsfrie aksjeerverv. Da vil det være en viss risiko for at det vannfalleiende selskapet, eller dets eiere fastsetter en aksjonær- eller vedtektsbestemmelse i strid med lovens vilkår om reelt offentlig eierskap.²⁵⁷

²⁵⁷ For et eksempel fra virkeligheten kan det vises til Kommunal Landskasspensjons (KLP) erverv av 15 prosent av aksjene i kraftselskapet Tussa i januar 2013. Grunnet aksjeervervets størrelse var det ikke konsesjonspliktig. Tussa var imidlertid allerede pålagt meldeplikt for enhver fremtidig aksjeoverdragelse i et konsesjonsvilkår fastsatt i 2005 grunnet en omorganisering av kraftselskapet. Departementet anså vilkåret om offentlig eierskap for oppfylt, jf. olje- og energidepartementets brev av 28 februar 2013 til advokatfirmaet Thommessen vedrørende erverv av aksjer i Tussa Kraft.

Et eksempel kan her være klargjørende. Dersom et privat rettssubjekt allerede innehar en tredel av aksjene i et offentlig vannfalleiende selskap, vil ikke et annet privat rettssubjekt kunne erverve aksjer i selskapet slik at den samlede aksjeposten som eies av private rettssubjekter øker. Dette gjelder også for konsesjonsfrie aksjeerwerb. Siden de vannfalleiende selskapene ikke har noen meldeplikt for konsesjonsfrie aksjeerwerb, kan det tenkes at et slikt erwerb like fullt skjer. Som det understrekes i forarbeidene har imidlertid vannfalleiende selskaper en selvstendig plikt til å sørge for at de overholder vilkåret om reelt offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd.²⁵⁸ Tilsvarende, vil det offentlige vannkraftelskapet ha en plikt til å sørge for at vedtekter og aksjonæravtaler oppfyller kravet til reelt offentlig eierskap.

Hvis et selskap ikke overholder denne plikten, slik at den private eierandelen overskrider en tredel gjennom et konsesjonsfritt aksjeerwerb, vil bestemmelsene i §§ 30, 31 og 32 komme til anvendelse. Salget av aksjene som har blitt ervervet konsesjonsfritt må da enten omgjøres eller selges til et offentlig rettssubjekt som kan få konsesjon etter § 2 første ledd første punktum, jf. § 31. En slik situasjon vil være uheldig. Eventuelle sanksjonsvedtak fra forvaltningens side vil kunne komme i etterkant av en overdragelse av eierandeler i et vannfalleiende selskap partene er gjennomført.²⁵⁹

Videre er ordlyden i § 30, 31 og 32 lite treffende for et tilfelle hvor et konsesjonsfritt erwerb er i strid med eierskapsvilkårene i § 2 første ledd andre punktum. For konsesjonsfrie erwerb vil det ikke gjelde noen frist for søknad om konsesjon slik § 30 foreskriver. Dermed passer heller ikke § 31 så godt, ettersom den baseres på fristregelen i § 30. At ordlyden i nevnte bestemmelser passer mindre godt til konsesjonsfrie erwerb

²⁵⁸ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 47.

²⁵⁹ Hvis konsesjonsmyndighetene reagerer i etterkant av at et konsesjonsfritt aksjeerwerb er gjennomført, og pålegger en aksjonæravtale i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap avhjulpet, er det ikke usannsynlig at den private aksjeerwerberen vil hevde seg ubundet av kjøpsavtalen. Hvis avtalen ikke inneholder klausuler som regulerer en slik eventualitet, vil spørsmålet komme på spissen. Slike privatrettslige rettsvirkninger faller utenfor denne avhandlingens rammer. At slike problemstillinger kan oppstå illustrerer imidlertid det uheldige ved at konsesjonsmyndighetene kan fatte sanksjonsvedtak mot konsesjonsfrie aksjeerwerb i etterkant av en gjennomført transaksjon. Derfor bør meldepliktsforskriften vedtas.

illustrerer hvordan industrikonsesjonsloven bærer preg av mange lovendringer som ikke alltid er like godt tilpasset loven som helhet.

Dersom det vedtas en forskrift om meldeplikt etter § 36 siste ledd vil konsesjonsmyndighetene ha en mulighet til å føre kontroll med konsesjonsfrie aksjeerverv *før* overdragelsen gjennomføres. Det vil skape en mer forutsigbar situasjon for konsesjonsfrie aksjeerverv, noe alle parter vil være tjent med. Denne problematikken må likevel ikke overdrives. De fleste kraftselskaper er allerede pålagt en slik meldeplikt gjennom vilkår fastsatt etter § 1 femte ledd om unntak fra konsesjonsplikt og forkjøpsrett.²⁶⁰ Slike vilkår har blitt inntatt i mange konsesjoner som følge av de mange omorganiseringene av offentlige kraftselskaper i kjølevannet av vedtakelsen av energiloven som liberaliserte kraftmarkedet.²⁶¹ Ifølge opplysninger fra Olje- og Energidepartementet er dette årsaken til at vedtakelse av forskrift om meldeplikt i medhold av ikl. § 36 åttende ledd foreløpig ikke har vist seg nødvendig.²⁶²

6.4 Konsesjonsplikt for erverv av andeler i ansvarlige selskaper

6.4.1 Innledning

Erverv av eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar er temaet i det følgende. Slike erverv er regulert av ikl. § 37. Bestemmelsen slår fast at den gjelder for «erverv av eierandel i andre selskaper enn de som omfattes av § 36», jf. ikl. § 37 første ledd. Siden ikl. § 36 regulerer selskaper med begrenset ansvar innebærer dette at ikl. § 37 regulerer erverv av andeler i selskaper med ubegrenset ansvar.²⁶³

²⁶⁰ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 47.

²⁶¹ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 25. Gjennomgang av «Meddelte vassdragskonsesjoner» i tidsrommet 2008-2012 viser at departementet konsekvent har stilt som vilkår for unntak fra konsesjonsplikt og statlig forkjøpsrett i medhold av ikl. § 1 fjerde femte ledd at enhver aksjeoverdragelse eller disposisjon som direkte eller indirekte medfører endring i eierrettighetene til de konsesjonspliktige fallrettighetene er meldepliktige. I tillegg forbeholder departementet seg retten til å gjøre statlig forkjøpsrett gjeldene ved enhver fremtidig aksjeoverdragelse eller disposisjon som direkte eller indirekte medfører endringer i eierskapet til konsesjonspliktige fallrettigheter. Det kan stilles spørsmålstegn ved hvorvidt departementet har tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag til å stille et så inngripende vilkår.

²⁶² Opplysninger fra OED formidlet til undertegnede, jf. Ekeberg, Carl Fredrik, e-post, 31. januar 2014.

²⁶³ Jf. Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper av 21. juni 1985 nr 83.

Bestemmelsen likestiller erverv av eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar med overdragelse av selve fallrettigheten eller en andel av denne. Med andre ord gjelder de krav som stilles til konsesjonærer etter ikl. § 2 også for erverv av andeler i et vannfalleiende selskap. Med «annen rettighet» siktes til slike rettigheter som departementet etter søknad kan innvilge konsesjon til i medhold av ikl. § 4. Videre har ikl. § 37 ingen nedre grense for konsesjonsplikten med hensyn til eierandelens størrelse.²⁶⁴ Slike konsesjonsfrie erverv som gjelder etter ikl. § 36, er uaktuelt for erverv av eierandeler i selskaper som faller inn under ikl. § 37.

Kun statsforetak, kommuner eller fylkeskommuner, eller selskaper hvor disse rettssubjektene innehar to tredeler av kapitalen og stemmene, kan få konsesjon etter § 1 andre ledd, jf. ikl. § 2 første ledd. Dermed medfører bestemmelsen i ikl. § 37 at private rettssubjekter heretter er avskåret fra å kunne erverve andeler i vannfalleiende selskaper med ubegrenset ansvar.

Lovendringen i 2008 har ikke tilbakevirkende kraft.²⁶⁵ For selskaper med ubegrenset ansvar med private deltakere har ikke lovendringen noen direkte virkning. Men private deltakere i vannfalleiende selskaper med ubegrenset ansvar er avskåret fra å selge andelen til andre private aktører, såfremt ikke det vannfalleiende selskapet omdannes til et selskap med begrenset ansvar.²⁶⁶

6.4.2 Erverv av aksjer i selskap som er deltaker i et selskap med ubegrenset ansvar

Ikl. § 37 gjelder «erverv av eierandel i andre selskaper enn de som omfattes av § 36, så langt selskapet direkte eller indirekte innehar eiendomsrett eller annen rettighet som erververen ikke kunne erverve uten konsesjon eller vedtak etter denne lov». At et selskap direkte innehar eiendomsrett innebærer at vannfallet helt eller delvis eies av selskapet med ubegrenset ansvar. Med «indirekte innehar eiendomsrett» omfattes de tilfeller hvor et

²⁶⁴ Dette følger direkte av ordlyden og er presisert i ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 48.

²⁶⁶ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 76.

selskap med ubegrenset ansvar eier en andel i et selskap som innehar eiendomsrett til vannfall. Disse to situasjonene faller klart inn under bestemmelsens ordlyd.

Et tolkningsspørsmål knytter seg imidlertid til den situasjon hvor et aksjeselskap er deltaker i et vannfalleiende selskap med ubegrenset ansvar. Spørsmålet er hvorvidt erverv av aksjer i aksjeselskapet reguleres av ikl. § 36 eller ikl. § 37. Ervervsobjektet er aksjene i aksjeselskapet. Samtidig medfører ervervet av aksjene at erververen også oppnår en indirekte eierandel i selskapet med ubegrenset ansvar. Ordlyden i ikl. § 37 omfatter «erverv av eierandel i andre selskaper enn de som omfattes av § 36». Et erverv av aksjer i et aksjeselskap som er deltaker i et selskap med ubegrenset ansvar synes derfor å falle utenfor ordlyden. Tolkningsspørsmålet er av betydning for private erververe siden disse bare kan erverve eierandeler i selskaper med begrenset ansvar etter ikl. § 36, og ikke i selskaper med ubegrenset ansvar etter ikl. § 37.

Etter dagens lovregler vil det ikke være mulig å etablere en ny eierstruktur hvor en fysisk person som er deltaker i et vannfalleiende selskap oppretter et aksjeselskap, nettopp for å etablere en eierkjede som beskrevet ovenfor og dermed komme utenfor ordlyden i ikl. § 37. I et slikt tilfelle ville aksjeselskapet ha måttet erverve eierandelen fra den fysiske personen. Et slikt erverv utgjør et direkte erverv av en eierandel i et vannfalleiende selskap med ubegrenset ansvar, og faller utvilsomt inn under ordlyden i ikl. § 37. Dersom en privat deltaker ønsker å selge sin eierandel til andre private, fordrer dette en omdannelse av selskapet til et selskap med begrenset ansvar.²⁶⁷

Det kan imidlertid tenkes at det forut for lovendringen i 2008 allerede eksisterte tilfeller med et aksjeselskap som deltaker i et selskap med ubegrenset ansvar som innehar vannfallsrettigheter. For slike situasjoner åpner ordlyden i ikl. § 37 for at aksjene i det private selskapet kan overdras til en ny privat eier, selv om aksjeselskapet er deltaker i et selskap med ubegrenset ansvar.

²⁶⁷ Jf. ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 76.

I forarbeidene uttales at « ved indirekte erverv må det bero på en konkret vurdering hvorvidt ervervet utløser konsesjonsplikt etter forslaget til ny § 37, ny § 39 eller § 36». ²⁶⁸ Hva som ligger i en slik konkret vurdering er ikke helt klart. Det er naturlig å tolke forarbeidene slik at visse tilfeller hvor private erverver en andel i et selskap med indirekte eierskap i et ansvarlig selskap som innehar vannfallsrettigheter, kan falle inn under ikl. § 36.

Et av de sentrale formålene bak ikl. § 37 var å forhindre at private deltakere kan utøve vetorett i kraft av selskapslovens normalregel § 2-12 om enstemmighet for selskapsbeslutninger. Så lenge den private eierandelen i aksjeselskapet ikke overskrider en tredel, så vil de offentlige eierne inneha full kontroll. Da vil det heller ikke være noen betenkeligheter med å innvilge ervervskonsesjon etter ikl. § 36. Dersom ervervet derimot vil føre til at den private eierandelen er høyere enn en tredel i aksjeselskapet som er deltaker i et selskap med ubegrenset ansvar, vil det ikke kunne innvilges ervervskonsesjon, jf. ikl. § 36 åttende ledd som krever at eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum må være oppfylt.

Som følge av at eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum forhindrer den mulighet at et privat rettssubjekt eiere mer enn en tredel av aksjene i et selskap som er deltaker i et vannfalleiende selskap med ubegrenset ansvar, er det vanskelig å se noen betenkeligheter med slike erverv. Den private minoritetseieren vil ikke inneha negativ kontroll i aksjeselskapet. Da er det av liten betydning at aksjeselskapet er deltaker i et vannfalleiende selskap med ubegrenset ansvar.

6.4.3 Bør private rettssubjekter kunne erverve andeler i selskaper med ubegrenset ansvar?

Drøftelsen ovenfor illustrerer hvordan grenseoppgangen mellom ikl. §§ 36 og 37 kan være vrien å trekke der det foreligger selskapsstrukturer med bakenforliggende selskaper. I det hele tatt kan spørsmålet stilles om det absolutte forbudet mot private erverv av andeler i selskaper er hensiktsmessig. Både Høyre og Fremskrittspartiet har antydnet at en

²⁶⁸ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007- 2008) s. 37

oppmykning av ikl. § 37 kan være aktuelt. Som følge av utfallet i Stortingsvalget i 2013 kan en lovendring nå være på trappene.²⁶⁹ Spørsmålet er om private rettssubjekter *bør* kunne erverve andeler i selskaper med ubegrenset ansvar.

Begrunnelsen for at visse politiske partier har argumentert for en mulig endring av ikl. § 37 henger tett sammen med hensynet til kraftkrevende industri i Norge. Det fremheves at industripolitikken må tilpasses den nye virkeligheten hvor nesten all norsk vannkraftproduksjon etter hvert vil være offentlig eid.²⁷⁰ Når de tidsbegrensede konsesjonene til kraftverk som i dag eies av kraftkrevende industri utløper, vil privateide selskaper ikke lenger kunne få innvilget ny konsesjon, jf. kravene til offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd.²⁷¹

Etter at vannfallsrettigheter hjemfaller til staten, eller ved eventuelle salg til offentlige kraftselskaper før den tid, vil et privat industriselskap kunne være interessert i å sikre seg en eierandel i vannfallsrettighetene det tidligere var innehaver av konsesjon til. Etter dagens regelverk vil industriselskaper bare kunne erverve en minoritets-eierandel på inntil en tredel i ett offentlig eid selskap med begrenset ansvar etter ikl. § 36. Dersom industrielle eiere kan erverve en andel av et selskap med ubegrenset ansvar som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter, vil det muliggjøre at kraftkrevende industri kan ta ut sin andel av eierskapet i naturalia, altså i form av kraft. Dette vil være skattemessig lønnsomt etter dagens skatteregler.²⁷²

²⁶⁹ Jf. Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre og Fremskrittspartiet (Sundvollen-erklæringen) s. 62 punkt 11 og Dokument 8:31 S (2012–2013) s. 2

²⁷⁰ Jf. dokument 8:31 S (2012–2013) s. 2.

²⁷¹ Jf. Hydros konsesjon til Røldal/Sundal som har vederlagsfritt hjemfall til staten i 2022, jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 29.

²⁷² Jf. Teknisk ukeblad 8. januar 2013. Den skattemessige fordelingen er ikke nærmere forklart i nyhetssaken. Den skattemessige fordelingen må formentlig ligge i at deltakerne i ansvarlige selskaper med ubegrenset ansvar har mulighet til å ta ut utbytte i form av kraft som brukes til eget formål, slik at man kommer inn under den gunstige regelen i § 18-3 (2) nr. 3. Dette vil kun være mulig for deltakere i ansvarlige selskaper ettersom disse lignes hver for seg for sin andel i selskapets formue og inntekt, jf. skatteloven § 2-2 (2) a). Industriselskaper som bruker kraft fra eget vannkraftverk, faller i dag inn under bestemmelsen i sktl. § 18-3 (2) nr. 3. Dersom vannfallsrettighetene er konsederte med hjemfallsvilkår, vil industriselskapene ikke lenger være omfattet av sktl. § 18-3 (2) nr. 3 når vannfallsrettighetene faller tilbake til staten. Dersom det åpnes for private minoritetsserverv i selskaper med ubegrenset ansvar, vil dette være en videreføring av dagens skatteregime for

Hvilken vekt hensynet til kraftkrevende industri skal ha for utformingen av industrikonsesjonslovens eierskapsregler er et politisk spørsmål som jeg ikke skal gå nærmere inn på her. På generelt grunnlag kan det likevel argumenteres for at industrikonsesjonsloven bør være nøytral med hensyn til vannfalleiernes valg av organisasjonsform. Eierne i hvert enkelt selskap bør i utgangspunktet stå fritt til å velge den organisasjonsformen som er mest hensiktsmessig ut i fra forretningsmessige vurderinger.²⁷³

Det foreligger ikke et formelt lovforslag til hvordan ikl. § 37 kan endres. Imidlertid har det vært antydning hvordan en mulig lovendring er tiltenkt. Tanken er at selskaper med ubegrenset ansvar gjennom endringer i selskapsavtalen kan fravike selskapslovens normalregler. Særlig vises det til selskapsloven § 2-12 hvor utgangspunktet er at alle selskapsbeslutninger krever enstemmighet blant deltakerne. Hvis det i selskapsavtalen inntas en bestemmelse hvor stemmerettsreglene for selskapet med ubegrenset ansvar utformes i henhold til aksjelovens regler, hevdes det at selskapet langt på vei vil være organisert på samme måte som et aksjeselskap.²⁷⁴ En mulig regulering kan derfor være at konsesjonsmyndighetene kan konkret vurdere om et selskap med ubegrenset ansvar har foretatt nødvendige endringer i selskapsavtalen som sikrer den offentlige majoritetseieren full kontroll. Det er hevdet at en slik regulering vil oppfylle industrikonsesjonslovens vilkår om reelt offentlig eierskap.²⁷⁵

For å bringe industrikonsesjonsloven i samsvar med EØS-retten ble det foretatt en rekke lovendringer i 2008. Hovedformålet med lovendringene var å sikre en tilstrekkelig konsistent gjennomføring av det påberopte formålet om offentlig eierskap til vannkraftressursene. Et av disse tiltakene var å gjøre det umulig for private rettssubjekter å erverve andeler i selskaper med ubegrenset ansvar som innehar konsesjonspliktige

industrielskaper som eier egne vannkraftverk. De vil med andre ord ikke ha noen skattemessige fordel sammenlignet med hva situasjonen er i dag.

²⁷³ Jf. skattereformen av 1992 for å gjøre beskatningen nøytral med hensyn til skattesubjektets organisasjonsform, jf. Ot.prp. nr. 35 (1990/1991) kapittel 3. Någjeldende skatteloven bygger videre på nøytralitetsprinsippet.

²⁷⁴ Jf. Dokument 8:31 S (2012–2013) s. 2.

²⁷⁵ Jf. Dokument 8:31 S (2012–2013) s. 2.

vannfallsrettigheter. EØS-rettens krav til konsistent gjennomføring av lovens påberopte formål utgjør således et potensielt rettslig hinder for en oppmykning av ikl. § 37.

I forarbeidene til lovendringen i 2008 er det uttalt at det vil «.. i utgangspunktet ikke være mulig å ha reelt offentlig eierskap i selskaper som reguleres av selskapsloven».²⁷⁶

Begrunnelsen for standpunktet er todelt.

For det første viser forarbeidene til selskapslovens utgangspunkt etter § 2-12. Bestemmelsen krever at samtlige av selskapets deltakere må ha stemt for, dersom forslag til beslutning skal anses vedtatt i selskapsmøtet. Selskapslovens normalordning er altså et prinsipp om enstemmighet for alle selskapsbeslutninger. Dette er motsatt av utgangspunktet for selskaper med begrenset ansvar. For slike selskaper er hovedregelen at selskapsbeslutninger krever flertall av de avgitte stemmer på generalforsamlingen, med mindre flertallskrav som avviker fra dette er fastsatt i vedtektene.²⁷⁷ Lovens utgangspunkt ville dermed gjøre det mulig for en privat deltaker å blokkere selskapsbeslutninger. De offentlige eierne vil ikke inneha full kontroll etter selskapslovens utgangspunkt, noe som ble ansett for uforenelig med lovendringens formål om etablering av et konsistent system for offentlig eierskap som begrunnelse for restriksjoner på den frie bevegeligheten i samsvar med EFTA-domstolens premisser.²⁷⁸

For det andre fremheves i forarbeidene at koblingen mellom eierne i et ansvarlig selskap og selve selskapet er «mye sterkere enn hva som gjelder for selskaper med begrenset ansvar».²⁷⁹ Hvorfor koblingen er så mye sterkere forklares imidlertid ikke. Sentralt er nok det forhold at kjøperen av andeler i selskaper med ubegrenset ansvar ble meddelt en egen ervervskonsesjon etter industrikonsesjonsloven kapittel 1 før lovendringen i 2008. Videre var det muligens av en viss betydning at selskaper med ubegrenset ansvar i varierende grad

²⁷⁶ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 37.

²⁷⁷ Jf. asl. og asal. § 5-17.

²⁷⁸ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007 – 2008) s. 37.

²⁷⁹ Jf. Ot. prp. nr. 61 s.(2007-2008) s. 37.

behandles som en egen juridisk enhet i lovgivningen.²⁸⁰ Deltakerne og selskapet er ikke fullt ut adskilt fra hverandre slik situasjonen er for aksjonærer etter aksjelovgivningen.

Forarbeidene inneholder ingen drøftelse av muligheten for justering av stemmerettsreglene i selskapsavtalen, noe som langt på vei vil kunne avhjelpe det problematiske forhold at private eiere kan blokkere selskapsbeslutninger i henhold til normalregelen i selskapsvloven. En slik endring av stemmerettsreglene vil kreve at forvaltningen foretar en konkret kontroll i det enkelte tilfelle. En slik konkret vurdering vil langt på vei minne om konsesjonsmyndighetenes vurdering av om kravet til reel offentlig eierskap i henhold til ikl. § 2 første ledd andre punktum er overholdt ved aksjeerverv som er konsesjonspliktig etter ikl. § 36. For selskaper med ubegrenset ansvar må imidlertid en slik konkret vurdering måtte foretas i alle tilfeller. En regel tilsvarende ikl. § 36 første ledd med konsesjonsfrie aksjeerverv, må imidlertid være utelukket da det ikke vil gi forvaltningen en tilstrekkelig grad av kontroll. Så lenge forvaltningen har mulighet til å kontrollere hvorvidt de nødvendige justeringer av selskapsavtalen er foretatt, vil det være mulig å sørge for at private erververe i offentlige kraftselskaper med ubegrenset ansvar ikke innehar mulighet til å blokkere selskapsavgjørelser.

Avgjørende for lovgivers adgang til å endre ikl. § 37 er hvilke krav som stilles til en konsistent gjennomføring av formålet om offentlig eierskap etter EØS-retten. Som redegjort for i kapittel 3 ovenfor er konsistenskravets innhold vagt. For å sikre at konsistenskravet er oppfylt er det i forarbeidene til industrikonsesjonsloven forutsatt at de offentlige eierne må inneha full kontroll.²⁸¹ Dette kravet er operasjonalisert gjennom vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum, samt forbudet mot private erverv av eierandeler i selskapet med ubegrenset ansvar etter ikl. § 37. Dersom rådigheten til de offentlige majoritetseierne som følge av endringer i selskapsavtalen er tilnærmet lik situasjonen for offentlige majoritetseiere i selskaper med ubegrenset ansvar, er det vanskelig å se tungtveiende grunner mot at private skal kunne erverve inntil en tredel av

²⁸⁰ Sml. lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 (tv) § 2-1 (1) c) og sktl. § 2-2 andre og tredje ledd.

²⁸¹ Jf. innst. O. nr. 78 (2007-2008) s. 6 og Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 63-64.

kapitalen og stemmene i selskaper med ubegrenset ansvar. Forutsatt at dagens bestemmelser i industrikonsesjonsloven som åpner for private erverv av inntil en tredel av kapitalen og stemmene i selskaper som med begrenset ansvar er utformet i samsvar med EØS-rettens krav til en konsistent gjennomføring av formålet om offentlig eierskap, er det vanskelig å se at en lovendring som åpner for private erverv av eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar hvor de nødvendige justeringer av stemmerettsreglene i selskapsavtalen er foretatt, skulle være i strid med EØS-retten.

Dersom lovgiver skulle ønske å åpne for at private rettssubjekter kan erverve eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar, er det følgelig vanskelig å identifisere EØS-rettslige skranker som skulle stå i veien for dette.

6.5 Ukonsederte vannfallsrettigheter

6.5.1 Private erverv av eierandeler i selskaper som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter

Industrikonsesjonsloven regulerer eierskap til vannfallsressursene gjennom konsesjonsplikt for erverv av eiendomsrett til vannfall eller eierandeler i vannfalleiende selskaper. Det foreligger imidlertid to kategorier med vannfallsrettigheter som er ukonsederte. For slike rettigheter oppstår det særskilte problemstillinger som behandles i det følgende.

Den første kategorien er vannfall som ble ervervet før kravet om konsesjon med hjemfallsvilkår ble innført i 1909.²⁸² Grunnloven § 97 forhindret at lovgiver kunne kreve at tidligere ervervede vannfallsrettigheter også måtte ha konsesjon med hjemfallsvilkår. Dette er tilfellet for kun noen få kraftverk.²⁸³ Så lenge ikke eiendomsretten til slike utbygde vannfall blir overdratt til et nytt rettssubjekt, vil de kunne være i privat eie. Spørsmålet er imidlertid hvorvidt private rettssubjekter kan erverve eierandeler i et selskap med private eiere som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter.

²⁸² Jf. Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 43

²⁸³ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s 27.

Det må sondres mellom ulike tilfeller. For det første kan situasjonen være at et privat rettssubjekt erverver mer enn 90 prosent av aksjene, partene eller rettigheter til aksjene eller partene i et selskap med begrenset ansvar som direkte eller indirekte innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter. Direkte eller indirekte erverv av mer enn 90 prosent eierandel i et kraftselskap som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter, er likestilt med erverv av selve eiendomsretten, jf. ikl. § 39. Som redegjort for ovenfor kan konsesjon til erverv av eiendomsrett kun innvilges til statsforetak, kommuner eller fylkeskommuner, eller selskap hvor disse offentlige rettssubjektene innehar to tredeler av kapitalen og stemmene og det foreligger reelt offentlig eierskap. For ervervstilfeller som faller inn under ikl. § 39 vil det ikke utgjøre noen forskjell om selskapet det erverves eierandeler fra innehar konsederte eller ukonsederte vannfallsrettigheter. I begge tilfeller vil bare offentlige konsesjonærer etter ikl. § 2 første ledd kunne få konsesjon til ervervet.²⁸⁴

Et annet tilfelle er derimot situasjonen der et privat rettssubjekt erverver eierandeler i et mindre antall enn de som faller inn under ikl. § 39 i et selskap med begrenset ansvar som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter. Erverv av eierandeler i selskaper med begrenset ansvar som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter faller inn under ikl. § 36. Bestemmelsen sonder ikke mellom konsederte og ukonsederte rettigheter, jf. ordlyden i bestemmelsen som fastslår at konsesjonsplikt etter bestemmelsen foreligger «såfremt selskapet innehar eiendomsrett eller annen rettighet som erververen ikke kunne erverve uten konsesjon eller vedtak etter denne lov».

Situasjonen kan være at selskap med begrenset ansvar som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter har private eiere. Spørsmålet er da hvorvidt et privat rettssubjekt vil kunne erverve eierandeler i selskapet. Konsesjonsplikten etter ikl. § 36 gjelder for erverv av eierandeler i selskaper som «innehar eiendomsrett eller annen rettighet som erververen ikke kunne erverve uten konsesjon eller vedtak etter denne lov». Ordlyden omfatter med andre ord både konsederte og ukonsederte vannfallsrettigheter. Ovenfor har vi sett at private rettssubjekter bare kan erverve eierandeler så fremt vilkårene til offentlig eierskap i ikl. § 2

²⁸⁴ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 33 og 70.

første ledd andre punktum er oppfylt, jf. ikl. § 36 åttende ledd. Dette medfører at private rettssubjekter maksimalt kan erverve inntil en tredel av kapitalen og stemmene i offentlige kraftselskaper.

Annerledes stiller det seg imidlertid for selskaper i privat eie som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter. For slike selskaper gjelder ikke vilkåret i ikl. § 36 åttende ledd som krever at konsesjon etter bestemmelsen bare kan innvilges dersom «et selskap, foretak, lag eller sammenslutning som nevnt i § 3 første ledd ikke oppfyller vilkårene i § 2 første ledd». Bestemmelsen i § 3 første ledd gjelder for «endringer av organiseringen i alle offentlige selskaper, foretak, lag eller sammenslutninger som innehar konsesjonspliktige vannfallsrettigheter». Bestemmelsen i § 3 gjelder altså ikke for erverv av eierandeler i selskaper med private eiere. Dette er ikke offentlige eiere. Dermed kommer ikl. § 36 åttende ledd ikke til anvendelse for ervervstilfeller der et privat rettssubjekt erverver eierandeler i et annet privat rettssubjekt. For slike tilfeller gjelder det intet krav til offentlig eierskap.²⁸⁵

Med andre ord kan et privat rettssubjekt i medhold av ikl. § 36 få konsesjon til erverv av inntil 90 prosent av kapitalen og stemmene i et selskap som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter.²⁸⁶

Hovedformålet bak lovendringen i 2008 var å etablere en konsistent lovregulering som sikret offentlig eierskap til vannfallsressursene i samsvar med EØS-retten. På denne bakgrunn er det grunnlag for å gjøre seg noen refleksjoner over at loven fremdeles tillater etablering av nye rettsposisjoner hvor private rettssubjekter kan sikre seg inntil 90 prosent

²⁸⁵ En slik lovforståelse ser også ut til å være lagt til grunn i forarbeidene, jf. uttalelsen i Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 70: «Forslaget innebærer ingen endringer for ukonsederte kraftverk utover at adgangen til salg til private med vilkår om hjemfall etter en konsesjonsperiode på 60 år nå fjernes». Gjennomgang av meddelte vassdragskonsesjoner fra 2008 til 2012 tyder på at også forvaltningspraksis er at vilkårene til offentlige eierskap ikke stilles når private rettssubjekter erverver eierandeler i privateide selskaper som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter, jf. f. eks. to eksempler fra . meddelte vassdragskonsesjoner 2011 s. 70 til 74.

²⁸⁶ Det samme vil være mulig for selskaper i privat eie som innehar konsederte vannfallsrettigheter. En slik overdragelse vil imidlertid i mindre grad være kommersielt interessant, ettersom de konsederte vannfallsrettighetene vil falle tilbake til staten uten mulighet for en ny konsesjon til et privat rettssubjekt, jf. vilkårene i ikl. § 2 første ledd.

av kapitalen og stemmene i selskaper som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter. Særlig praktisk er dette likevel ikke. Det foreligger kun et fåtall av ukonsederte vannfallsrettigheter som er utnyttet til vannkraftproduksjon. Enkelte vannfall ervervet før 1909 har dessuten vilkår om hjemfall fastsatt i konsesjonen.²⁸⁷ Siden det kun er tale om begrensede tilfeller, fant lovgiver det neppe nødvendig, eller politisk ønskelig, å innføre bestemmelser i industrikonsesjonsloven som skal sikre det offentlige eierskapet ved erverv av eierandeler i selskaper med ukonsederte vannfallsrettigheter utenfor overdragelser omfattet av ikl. § 39.

6.5.2 Utbygging av råfall

Den andre hovedkategorien av ukonsederte vannfall er der hvor det ikke har skjedd noen kraftverksutbygging. For slike vannfallsrettigheter, såkalte «råfall»,²⁸⁸ kan en privat grunneier i egen regi bygge ut fallet for kraftproduksjon. Så lenge det ikke forekommer et nytt erverv, kommer heller ikke industrikonsesjonsloven til anvendelse. Problemstillingen her knytter seg strengt talt ikke til avhandlingens hovedtema om erverv av eierandeler i offentlige kraftselskaper. Like fullt er det naturlig å gå noe nærmere inn på spørsmål knyttet til utbygging av råfall, siden det reiser rettsspørsmål med grenseflater mot avhandlingens sentrale drøftelser.

En særlig problemstilling gjør seg gjeldende der hvor flere private grunneiere i lag ønsker å bygge ut et råfall. Dersom en gruppe grunneiere som eier ulike deler av et råfall forestår utbyggingen selv, skjer det intet erverv. I slike situasjoner kommer ikke industrikonsesjonsloven til anvendelse.²⁸⁹ Annerledes stiller det seg dersom interessentskapet av grunneiere som søker om konsesjon etter øvrig lovverk, i realiteten er et selvstendig rettssubjekt.²⁹⁰ Dersom et selvstendig rettssubjekt har ervervet eiendomsretten til råfallet fra grunneierne, vil ervervet være konsesjonspliktig etter ikl. § 1

²⁸⁷ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 68

²⁸⁸ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 43

²⁸⁹ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 68.

²⁹⁰ Jf. blant annet vregl. § 2 og vrl. § 8.

andre ledd. Slik konsesjon vil ikke kunne gis hvis eierne er private, jf. ikl. § 2 første ledd.²⁹¹

I forarbeidene til lovendringen i 2008 er det gitt noen korte merknader til den rettslige bedømmelsen av grupper med grunneiere som går sammen om å bygge ut et råfall. Det blir understreket at det vil bero på en konkret vurdering hvorvidt grunneiere kan forestå en felles utbygging uten at konsesjonsplikten utløses. Forarbeidene avviser kategorisk at felleierne kan etablere et aksjeselskap som «disponerer fallrettighetene» uten at det forekommer et konsesjonspliktig erverv av vannfallsrettigheter som kun de offentlige rettssubjektene nevnt i ikl. § 2 kan få konsesjon til.²⁹²

Ifølge forarbeidene stiller spørsmålet seg muligens annerledes for grunneiersammenslutninger organisert som samvirker.²⁹³ Ifølge forarbeidene vil det bero på en konkret vurdering hvorvidt et samvirkeforetak vil kunne foreta kraftutbygginger uten å utløse konsesjonsplikt etter industrikonsesjonsloven.²⁹⁴ Av momenter i en slik vurdering viser forarbeidene til at det vil «være relevant å se på hvorvidt den organisasjonsform som etableres gjenspeiler eierforholdene til fallet, og om de ulike vannfalleiernes posisjon kan identifiseres.»²⁹⁵

Det er ikke opplagt hvorfor vurderingen skal stille seg annerledes dersom en grunneiersammenslutning organiserer seg som et samvirkeforetak. I den grad en grunneiersammenslutning skulle falle utenfor konsesjonsplikten, burde det avgjørende være hvordan sammenslutningen konkret er innrettet. Dette vil være et selvstendig rettssubjekt på lik linje som et aksjeselskap. Dersom samvirkeforetaket erverver eiendomsrett til vannfall, eller andre rettigheter enn eiendomsrett over vannfall, vil dette være omfattet av

²⁹¹ Jf. også Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 68.

²⁹² Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 68-69.

²⁹³ Departementet skal være kjent med grunneiersammenslutninger som vurderer å organisere utbyggingselskaper som samvirker, jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 69.

²⁹⁴ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 69.

²⁹⁵ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 68.

ordlyden i ikl. § 1 andre ledd. Slike rettigheter kan kun erverves av offentlige rettssubjekter i henhold til ikl. § 2 første ledd.

Forarbeidenes sontring mellom aksjeselskaper og samvirkeforetak kan ha sammenheng med lovgivningens normalregler for omsettelighet. Aksjer er i utgangspunktet omsettelige.²⁹⁶ Hvis en av grunneierne i en grunneiersammenslutning organisert i et aksjeselskap selger én eller flere av sine aksjer i selskapet, vil en komme i en situasjon hvor eierforholdet i selskapet ikke gjenspeiler eierforholdet i vannfallet. I et slikt tilfelle blir situasjonen for så vidt den samme som om falleierene i første omgang hadde solgt vannfallet til et «eksternt» selskap, noe som utvilsomt ville vært et konsesjonspliktig erverv.

I samvirkeforetak er derimot utgangspunktet at medlemskap ikke kan overføres til andre, så fremt annet ikke er fastsatt i vedtektene.²⁹⁷ Videre kan vedtektene være utformet slik at det bare er eiere av vannfallet som kan være medlemmer i foretaket.²⁹⁸ Dermed kan det være utelukket at eksterne kommer inn på deltakersiden. I et slikt tilfelle vil eierforholdet i organisasjonsformen gjenspeile eierforholdene i vannfallet, et moment som ifølge forarbeidene vil være sentralt for vurderingen.²⁹⁹

Samtidig kan det innvendes at også et aksjeselskap kan ha vedtekter som sier at bare falleierene kan eie aksjer.³⁰⁰ Videre kan vedtektene forby salg av aksjer til eksterne. Langt på vei kan altså aksjeselskapsformen også forhindre at eksterne kommer inn på eiersiden. Med en slik klausul kan vedtektene bare endres dersom alle aksjonærene samtykker.³⁰¹ Hvis et slikt samtykke foreligger, kan imidlertid selskapet havne på fremmede hender. Forarbeidenes sontring mellom aksjeselskaper og samvirkeforetak kan følgelig ha

²⁹⁶ Jf. asl. § 4-15 (1).

²⁹⁷ Jf. samvirkelova § 20 (1).

²⁹⁸ Jf. samvirkelova § 14 (1)

²⁹⁹ Jf. Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) s. 68.

³⁰⁰ Jf. asl. § 4-1 (1) jf. 4-18.

³⁰¹ Jf. asl. § 5-20 (2).

sammenheng med muligheten grunneierne har til å overdra rettighetene i sammenslutningen til eksterne.

Etter min vurdering er det noe vanskelig å følge argumentasjonen i forarbeidene.

Industrikonsesjonsloven kommer til anvendelse dersom det skjer et erverv av eiendomsrett eller andre begrensede rettigheter til vannfall. Det avgjørende må være om en sammenslutning opprettet av grunneierne utgjør et selvstendig rettssubjekt, og hvorvidt det har ervervet vannfallsrettigheter fra grunneierne.³⁰² Det er mulig at de momenter forarbeidene viser til er ment å inngå i denne vurderingen, men det er i så fall uklart hvordan disse momentene skal anvendes på vurderingstemaet. Dersom et erverv av vannfallsrettigheter har funnet sted, oppstår konsesjonsplikt etter ikl. § 1 andre ledd. Konsesjonæren må da oppfylle vilkårene om offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd.

6.6 Oppsummering

Vilkårene for konsesjonspliktige erverv av eierandeler vannfalleiende selskaper med begrenset ansvar ble gjennomgått i punkt 6.2. Her ble det vist at ervervsbegrepet etter ikl. § 36 må tolkes i samsvar med erverv av eiendomsrett til vannfall etter ikl. § 1 andre ledd. Siden ervervsobjektet er annerledes, vil det likevel være visse ervervstilfeller som bare er aktuelle etter ikl. § 36. Videre var spørsmålet om forvaltningen har kompetanse til å avslå en konsesjonssøknad selv om alle vilkårene etter ikl. § 36 er oppfylt. I punkt 6.2.4 konkluderte jeg med at forvaltningens kompetanse etter ikl. § 36 er strengt lovbunden.

Konsesjonsfrie erverv av eierandeler i selskaper med begrenset ansvar ble behandlet i punkt 6.3. Som følge av at myndighetene ikke har utnyttet hjemmelen til å vedta forskrift om meldeplikt for slike erverv etter ikl. § 36 siste ledd, kan det oppstå situasjoner der et privat rettssubjekt erverver eierandeler under grensen på 20 prosent i strid med vilkåret om reelt offentlig eierskap. Jeg argumenterte for at forvaltningen, i tråd med forutsetningen i forarbeidene, bør vedta forskrift om meldeplikt. Det vil sikre hensynet til forutberegnelighet, noe alle parter vil være tjent med.

³⁰² Jf. ikl. § 1 andre ledd.

I punkt 6.4.1 ble det vist hvordan ikl. § 37 setter en stopper for nye private erverv av eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar. Grenseoppgangen mellom ikl. § 36 og 37 kan være problematisk, noe som fremgår av punkt 6.4.2. Hvorvidt private rettssubjekter bør kunne erverve eierandeler i selskaper omfattet av ikl. § 37 drøftet jeg i punkt 6.4.3. Det foreligger ikke et konkret lovendringsforslag om dette, men jeg drøftet visse overordnede spørsmål som vil være relevante dersom en lovendring skulle finne sted. Jeg viste hvordan et selskap med ubegrenset ansvar kan innrettes slik at deltakernes stemmerett for selskapsbeslutninger er tilnærmet lik hva som gjelder for aksjeselskaper. Da faller den vesentligste innvendingen mot at private parter skal kunne erverve eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar bort.

Videre argumenterte jeg for at EØS-retten ikke vil være et hinder for en lovendring som åpner for private erverv av eierandeler i selskaper omfattet etter ikl. § 37. De private deltakernes innflytelse over vannfallsressursene vil ikke, forutsatt nødvendige justeringer av stemmerettsregler i selskapsavtalen, være sterkere i et slikt tilfelle enn hva som allerede gjelder for private minoritetseiere i aksjeselskaper som kan få konsesjon til nye erverv etter ikl. § 36.

Siste punkt i kapittelet omhandlet ukonsederte vannfallsrettigheter. I punkt 6.5.1 konkluderte jeg med at privateide kraftselskaper med ukonsederte vannfallsrettigheter kan overdra eierandeler til andre private rettssubjekter i henhold til ikl. § 36 uten at bestemmelsens åttende ledd kommer til anvendelse. Begrunnelsen for dette var at § 36 åttende ledd viser til ikl § 3 som kun gjelder for «offentlige selskaper, lag eller sammenslutninger». Derfor vil det ved private rettssubjekters erverv av eierandeler i privateide selskaper som innehar ukonsederte vannfallsrettigheter etter ikl. § 36 *ikke* gjelde et krav om at det vannfalleiende selskapet oppfyller vilkårene til offentlig eierskap i etterkant av ervervet, i motsetning til hva som er tilfellet for konsederte rettigheter.

Til slutt vurderte jeg i punkt 6.5.2 hvorvidt grunneiersammenslutninger som går sammen om å bygge ut et ukonsedert råfall vil utløse konsesjonsplikt etter industrikonsesjonsloven § 1 andre ledd, og dermed vilkårene til offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd. For slike tilfeller konkluderte jeg med at det avgjørende må være om en sammenslutning opprettet av grunneierne utgjør et selvstendig rettssubjekt, og hvorvidt det har ervervet vannfallsrettigheter fra grunneierne.

7 Eierskapsvilkårene: rettsvirkninger

7.1 Innledning

I kapittel 3 til 6 har jeg analysert industrikonsesjonslovens bestemmelser som regulerer private rettssubjekters erverv av eierandeler i vannfalleiende kraftselskaper. Sentralt for analysen har vært eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum som skal sikre det offentlige eierskapet. I dette kapittelet er temaet rettsvirkningene dersom bestemmelsens vilkår ikke er oppfylt, samt rettsmidler berørte parter vil ha til rådighet for å prøve forvaltningens vedtak.

Formålet med kapittelet er for det første å synliggjøre betydningen eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum har for private investeringer i vannkraftproduksjon. Jeg har i noe grad diskutert rettsvirkningssiden i drøftelser ovenfor, men jeg tror en samlet behandling i et eget kapittel kan være hensiktsmessig av hensyn til en ryddig fremstilling.

Kapittelet er inndelt etter de ulike parter som kan bli berørt. I punkt 7.2 er perspektivet rettsvirkninger av at ikl. § 2 første ledd andre punktum ikke er oppfylt for et selskap som innehar, eller søker om konsesjon til erverv av vannfallsrettigheter. I neste punkt 7.3 er derimot perspektivet rettsvirkninger av at ikl. § 2 første ledd andre punktum ikke er oppfylt for rettssubjekter som eier, eller søker om konsesjon til erverv av, eierandeler i selskaper som innehar konsederte vannfallsrettigheter.

7.2 Vannfalleiende selskaper

7.2.1 Avslag på konsesjon til erverv av vannfall

Under dette punktet omtales selskaper som søker om konsesjon til erverv av vannfall. Overskriften «vannfalleiende selskaper» er ikke helt presis, da slike selskaper på tidspunktet for konsesjonssøknaden ikke vil være innehaver av vannfallsrettigheter, såfremt det ikke allerede innehar rettigheter til andre vannfall.

Konsesjon til erverv av eiendomsrett til vannfall kan bare innvilges til et selskap som oppfyller eierskapsvilkårene i henhold til ikl. § 2 første ledd andre punktum. Dersom selskapet ikke oppfyller vilkåret, plikter forvaltningen å avslå konsesjonssøknaden. Ved avslått konsesjonssøknad er industrikonsesjonslovens utgangspunkt at forvaltningen skal fastsette en frist for erververen til å omgjøre overdragelsen eller at eiendommen eller rettigheten blir overdratt til noen som oppfyller vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum, jf. ikl. § 31. Dersom fristen oversittes kan forvaltningen kreve eiendommen solgt gjennom namsmyndigheten etter reglene om tvangssalg, jf. ikl. § 32.³⁰³

7.2.2 Endringer av selskapsorganiseringen

Det vannfalleiende selskapet er som konsesjonsinnehaver forpliktet til å overholde eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum også i etterkant av innvilget konsesjon. Situasjonen kan for eksempel være at et selskap med utelukkende offentlige eiere erverver et vannfall, slik at eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum utvilsomt foreligger. Senere kan det imidlertid være at et privat rettssubjekt erverver eierandeler i selskapet. Søknad om konsesjon til erverv av eierandeler etter ikl. § 36 kan bare innvilges så lenge eierskapsvilkårene er oppfylt, jf. ikl. § 36 åttende ledd.

Det følger av ikl. § 3 at alle endringer av organiseringen av det vannfalleiende selskapet må oppfylle vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum. Bestemmelsen har selvstendig

³⁰³ Foruten bestemmelsene om tvangssalg i industrikonsesjonsloven, kan også straffeansvar for eier av virksomheten som driver uten lovpålagt tillatelse, eventuelt foretaksstraff, bli aktuelt jf. Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 (strl.) §§ 332 jf. § 48 a. Særlig praktisk er nok slikt straffeansvar i denne sammenhengen neppe.

betydning for konsesjonsfrie erverv av selskapsandeler etter ikl. § 36, samt andre endringer av selskapsorganiseringen. Konsesjonæren, det vannfalleiende selskapet, har plikt til å sørge for at lovens vilkår eierskapsvilkår er overholdt.

Dersom forvaltningen blir oppmerksom på at ikl. § 2 første ledd andre punktum ikke er overholdt, har den ulike sanksjonsmuligheter til rådighet. Etter ikl. § 3 andre ledd får bestemmelsene i ikl. §§30, 31 og 32 tilsvarende anvendelse dersom endringene medfører at selskapet ikke lenger oppfyller vilkåret i ikl. § 2 første ledd. I ytterste konsekvens kan altså det vannfalleiende selskapets konsesjonspliktige vannfallsrettigheter bli tvangssolgt til et rettssubjekt som oppfyller eierskapsvilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum. Særlig praktisk er imidlertid neppe en slik situasjon.

Mer sannsynlig er det at forvaltningen utnytter kompetanse til å pålegge konsesjonæren tvangsmulkt dersom vilkåret om reelt offentlig eierskap ikke er oppfylt, jf. ikl. § 26. Forvaltningen kan dermed kreve at konsesjonæren, det vannfalleiende selskapet avhjelper de forhold som måtte være i strid med ikl. § 2 første ledd andre punktum.

7.2.3 Rettsmidler

I kapittel 4 og 5 ovenfor har vi sett at det hersker en viss usikkerhet knyttet til det nærmere innholdet i vilkåret om reelt offentlig eierskap. Usikkerheten knyttet til fortolkningen medfører at den som søker om, eller allerede innehar konsesjon, vil kunne ha en interesse av å prøve gyldigheten av vedtak om henholdsvis avslag på konsesjonssøknad for erverv av eiendomsrett til vannfall, eller vedtak som pålegger konsesjonæren å avhjelpe disposisjoner i vedtektsbestemmelser eller aksjonæravtaler.³⁰⁴

³⁰⁴ Situasjonen kan også være den motsatte, dvs. at forvaltningen ikke tolker ikl. § 2 første ledd tilstrekkelig strengt. For eksempel kan tilfellet være at forvaltningen innvilger ervervskonsesjon etter ikl. § 36 selv om vilkåret om reelt offentlig eierskap ikke er overholdt. Da vil forvaltningen ha gått utenfor sin materielle kompetanse. Utgangspunktet er da at vedtaket vil være ugyldig. Det kan ikke ratihaberes ettersom forvaltningen ikke har dispensasjonsadgang, jf. punkt 5.6 ovenfor. Et konsesjonsvedtak i strid med ikl. § 2 første ledd andre punktum vil være et angripelig vedtak. Konsesjonæren vil i utgangspunktet ikke ha en interesse i å angripe vedtaket. Spørsmålet er imidlertid hvorvidt forvaltningen kan ha en plikt til å omgjøre vedtaket. I juridisk teori er det stort sett enighet om at forvaltningen kan ha en plikt til å omgjøre ugyldige vedtak. Under hvilke omstendigheter det foreligger en slik plikt er imidlertid usikkert. Grunnet denne

To rettsmidler vil da være tilgjengelig. For det første vil det være adgang til å påklage vedtaket. Industrikonsejnsloven inneholder ikke egne klageregler. Den har heller ikke noen bestemmelser som regulerer forholdet til forvaltningsloven (fvl.).³⁰⁵ Utgangspunktet er da at forvaltningsloven kommer til anvendelse, jf. fvl. § 1 første ledd. Klagereglene står i forvaltningsloven kapittel 6. Reglene i dette kapittelet gjelder bare for enkeltvedtak, jf. fvl. § 3. Et avslag på søknad om konsejns til erverv av eiendomsrett til vannfall vil være konkret bestemmende for rettigheter og plikter til private rettssubjekter, og er derfor å anse for et enkeltvedtak, jf. fvl. § 2 første ledd a) og b). Reglene om klage kommer derfor til anvendelse.

For det andre kan forvaltningens vedtak bringes inn for domstolene for prøving av dets rettslig gyldighet.³⁰⁶ En bred redegjørelse for domstolsprøving av forvaltningsvedtak faller utenfor denne avhandlingens rammer. En særskilt problemstilling som er naturlig å behandle her knytter seg imidlertid til domstolenes prøvelsesrett av det skjønnsmessige vilkåret om reelt offentlig eierskap i ikl. § 2 første ledd andre punktum. Spørsmålet er hvorvidt domstolene er avskåret fra å vurdere forvaltningens anvendelse av fakta på det skjønnsmessige vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Når lovens vilkår er vage eller skjønnsmessige, forekommer det at vurderingen av om fakta i den enkelte sak omfattes av bestemmelsen (subsumsjonen), er opp til forvaltningens skjønn – innenfor rammene av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.³⁰⁷ Hovedregelen i norsk rett er at domstolene kan prøve både forvaltningens lovtolkning og subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Som det

avhandlingens rammer vil det imidlertid føre for langt å drøfte forvaltningens eventuelle omgjøringsplikt dersom den fatter vedtak i strid med ikl. § 2 første ledd andre punktum.

³⁰⁵ Jf. lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (fvl.).

³⁰⁶ Det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket, kan imidlertid bestemme at søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak eller krav om erstatning som følge av vedtaket først kan reises når klagemuligheten er uttømt, jf. fvl. § 27 b).

³⁰⁷ Jf. Eckhoff (2010) s. 399.

heter i Rt. 1995 s. 1427 (naturfredning) på s. 1433: «Selv om det er unntak fra denne hovedregelen, måtte de særskilt begrunnes».

Formuleringen «åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap» legger opp til en skjønnsmessig vurdering. Grenseoppgangen mellom lovtolkning og subsumsjon er ikke skarp. Hvis lovtolkningen går langt i å utpensle lovregelens innhold, vil det ofte være lite rom for skjønnsmessige vurderinger igjen for selve subsumsjonen. Der hvor ordlyden i lovteksten inneholder vage eller skjønnsmessige ord og uttrykk, kan det likevel stå igjen vurderinger hvor forvaltningen har frihet til å vurdere om lovens vilkår er oppfylt.³⁰⁸ Forvaltningens lovtolkning av vilkåret om reelt offentlig eierskap vil altså domstolene kunne prøve. Spørsmålet er om domstolene også kan prøve forvaltningens subsumsjon.

I juridisk teori er det på bakgrunn fra Høyesteretts praksis utledet visse momenter til grensedragningen for når loven overlater subsumsjonen til forvaltningen. Utgangspunktet må tas i vurderingstemaets art som ordlyden legger opp til. Jo vagere det er, og jo flere hensyn som vil være relevant for vurderingen, desto mer taler for at vurderingen er overlatt til forvaltningen.³⁰⁹

Etter alminnelig språklig forståelse er det ikke opplagt hva som ligger i formuleringen «åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap». I sammenheng med de øvrige formuleringene i ikl. § 2 første ledd, og presiseringene i forarbeidene, fremgår det temmelig klart at bestemmelsens siktemål er å forhindre omgåelser av at private ikke kan inneha mer enn en tredel av kapitalen og stemmene i selskaper som har konsesjon etter industrikonsesjonsloven. Hvilke elementer som skal inngå i denne vurderingen av eierskapet, samt hvor grensen skal gå, gir hverken ordlyden eller forarbeidene klare anvisninger på. Hensynet er imidlertid temmelig klart. Formålet er å sikre det offentlige

³⁰⁸ Jf. Eckhoff (2010) s. 399.

³⁰⁹ Jf. Eckhoff (2010) s. 403.

eierskapet til vannkraften, og dermed etablere et konsistent system for offentlig eierskap som legitimt kan begrunne restriksjoner på den frie bevegeligheten.³¹⁰

Et annet moment som er sentralt for grensedragningen er om lovens vilkår har et juridisk preg, eller om vurderingstemaets art er av mer teknisk, økonomisk eller politisk karakter.³¹¹ de skjønsmessige vurderinger vilkåret om reelt offentlig eierskap legger opp til, er av utpreget rettslig karakter.³¹² Etter utfallet i «Hjemfallsaken» og den påfølgende lovendringen i 2008, har EØS-retten lagt betydelig begrensninger på utformingen og praktiseringen av reglene om offentlig eierskap til vannkraftressursene. De kravene EØS-retten stiller er et argument for at domstolene må kunne prøve subsumsjonsskjønn for vilkåret om reelt offentlig eierskap.

Konklusjonen er at domstolene vil kunne prøve forvaltningens anvendelse av fakta på det skjønsmessige vilkåret om reelt offentlige eierskap.

7.3 Erververe av eierandeler i vannfalleiende selskaper

7.3.1 Avslag på ervervskonsesjon etter ikl. § 36

Konsesjon til erverv av eierandeler i vannfalleiende selskap etter ikl. § 36, kan etter bestemmelsens åttende ledd bare skje så lenge det vannfalleiende selskapet etter ervervet vil oppfylle vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum. Her er det erververen, for eksempel et privat rettssubjekt, som er konsesjonssubjektet. Dersom vilkåret ikke er oppfylt, plikter forvaltningen å avslå konsesjonssøknaden.

Ikke alle endringer av selskapsorganiseringen omfattet av ikl. § 3, og som kan stride med ikl. § 2 første ledd andre punktum, er konsesjonspliktige. For det første er kun erverv som overskrider grensen på 20 prosent, konsesjonspliktige etter ikl. § 36. For det andre kan det

³¹⁰ I Nord-Troms tingretts kjennelse av 5. oktober 2012 oppfatter jeg dommeren slik at han legger til grunn at vilkåret om reelt offentlig eierskap vil være underlagt full rettslig prøving, jf. side 12 i kjennelsen.

³¹¹ Jf. Eckhoff (2010) s. 403.

³¹² Jf. Rt. 2005 s. 117 hvor det ble lagt vekt på at aktsomhetsvurderingen som den aktuelle lovbestemmelsen la opp til («til last») var av rettslig art, noe som talte for at domstolene kunne prøve subsumsjonen, jf. avsnitt 49.

senere forekomme endringer av bestemmelser i vedtekter eller aksjonæravtale til fordel for en privat part som strider med vilkåret om reelt offentlig eierskap.

I slike tilfeller er det vannfalleiende selskapet konsesjonssubjektet som ikke oppfyller vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum. Eventuelle sanksjonsvedtak fra forvaltningens side grunnet brudd på ikl. § 3 jf. ikl. § 2 første ledd andre punktum, vil dermed rette seg mot det vannfalleiende selskapet. En eventuell privatrettslig tvist i kjølevannet av et sanksjonsvedtak fra forvaltningen mellom en privat minoritetseier og det vannfalleiende selskapet, og eller dets offentlige eiere, faller utenfor denne avhandlingens rammer.

Et privat rettssubjekt kan påklage et vedtak om avslag på søknad om ervervskonsesjon etter ikl. § 36. Videre vil det kunne prøve vedtakets gyldighet for domstolene. Det vises her til punkt 7.2.3 ovenfor.

7.4 Oppsummering

Gjennomgangen viser at rettsvirkningene av hvorvidt vilkåret i ikl. § 2 første ledd andre punktum er oppfylt, kan deles inn i to kategorier. Den første kategorien knytter seg til søknader om konsesjon til erverv av henholdsvis eiendomsrett til vannfall, eller erverv av eierandeler i vannfalleiende selskaper. Dersom ikl. § 2 første ledd andre punktum ikke er oppfylt, plikter forvaltningen å avslå konsesjonssøknaden.

Den andre kategorien knytter seg til konsesjonsfrie erverv og andre endringer av selskapsorganiseringen omfattet av ikl. § 3 i tidsrommet etter innvilget konsesjon av henholdsvis erverv av eiendomsrett til vannfall eller erverv av eierandeler i vannfalleiende selskaper. Eventuelle sanksjonsvedtak fra forvaltningen for brudd på ikl. § 3 jf. ikl. § 2 første ledd andre punktum, må rettes mot det vannfalleiende selskapet.

Redegjørelsen av rettsvirkningene av hvorvidt vilkårene i ikl. § 2 første ledd andre punktum, viser at eierskapsvilkårene har en avgjørende betydning for private rettssubjekter

som ønsker å erverve, eller allerede innehar, eierandeler i selskaper med konsederte vannfallsrettigheter.

8 Konklusjon

Temaet for avhandlingen har vært industrikonsesjonslovens skranker for erverv av eierandeler i kraftselskaper. Kjernen i dette har vært en analyse av private rettssubjekters handlingsrom innenfor lovens krav til offentlig eierskap.

Sentrale deler av avhandlingen har omhandlet vilkårene til offentlig eierskap etter ikl. § 2 første ledd andre punktum. Særlig tolkningen av vilkåret om reelt offentlig eierskap er drøftet grundig. Drøftelsen har vist at den vage ordlyden, samt begrenset veiledning fra andre relevante rettskildefaktorer, medføre at grensene for vilkåret om reelt offentlig eierskap må sies å være uklare. En slik rettslig usikkerhet er uheldig. I verste fall kan uforutsigbarheten lede til at private og offentlige aktører kvier seg for å gjennomføre overdragelser av eierandeler i vannkraftselskaper. Det vil i så fall kunne ramme offentlige kraftselskaper på jakt etter kapitalsterke private minoritetseiere.

På den andre siden kan det innvendes at det vil være retts teknisk krevende å utforme en bestemmelse med klarere ordlyd som skal plukke opp tilfeller som kan utfordre det offentlige eierskapet og kontrollen til vannfallsressurser utover lovens ubetingede vilkår om to tredeler offentlig eierskap. Forhåpentligvis vil praksis fra forvaltningen være rettsavklarende, i hvert fall så lenge vedtakene begrunnes grundigere enn hva som var tilfellet da Jämtkraft fikk konsesjon til erverv av eierandeler i Troms Kraftforsyning og Energi AS.³¹³

Et annet hovedfunn i avhandlingen er at industrikonsesjonslovens bestemmelser i visse tilfeller er mindre heldig utformet, og dermed oppstiller lite formålstjenlige skranker for ellers ønskelige transaksjoner. Flere eksempler kan her nevnes. Grensen mellom konsesjonsfrie og konsesjonspliktige erverv etter ikl. § 36 fremstår i dag som en noe

³¹³ Jf. punkt 5.3.2 ovenfor.

tilfeldig etterlevning fra tidligere tider. Ett annet eksempel er kravet til offentlige eiere i vannfalleiende selskaper etter ikl. § 2 første ledd andre punktum. Riktignok vil offentlig eide rettssubjekter som ikke er omfattet av bestemmelsens ordlyd kunne erverve selskapsandeler etter ikl. § 36 på lik linje som andre private rettssubjekter, men da bare innenfor grensen på inntil en tredel privat eierskap. Dagens bestemmelse kan derfor forhindre ønskelige eierkonstellasjoner. En oppmykning av kravet til offentlig eier i vannfalleiende selskaper slik at visse offentlige særlovselskaper omfattes, kan følgelig være en hensiktsmessig lovendring. Et siste eksempel på en betenkelig skranke er å finne i ikl. § 37. Bestemmelsen oppstiller et absolutt forbud mot at private rettssubjekter erverver eierandeler i selskaper med ubegrenset ansvar. Det er diskutabelt om et slikt absolutt forbud var nødvendig for å ivareta formålet om en konsistent lovregulering som sikrer offentlig eierskap og kontroll til vannfallsressurser i samsvar med EØS-retten.

Ett tredje hovedfunn er at konsesjonslovgivning med formål om å sikre offentlig eierskap til vannfallsressursene, men som samtidig skal åpne for private minoritets-eierposter, fordrer et detaljert og relativt komplisert regelverk for å sikre et helhetlig system som forhindrer omgåelser. Fortolkningen av loven, særlig av bestemmelser hvor det knytter seg usikkerhet ved lovtolkningen, vil være ressurskrevende for forvaltningen, kraftselskaper og potensielle private investorer som vurderer å kjøpe seg opp i kraftselskaper. For noen vil dette være et argument til støtte for en liberalisering av eierskapsreglene. Samtidig er ikke kravet til to tredeler offentlig eierskap noe nytt etter industrikonsesjonsloven. Riktignok har det kommet til et skjønnsmessig tilleggsvilkår om reelt offentlig eierskap som kompliserer lovverket noe, og rettsvirkningen ved overskridelse av grensen på to tredeler er endret.³¹⁴ Like fullt har aktørene i vannkraftsektoren lang erfaring med håndtering av industrikonsesjonsloven i praksis, og rammes derfor mindre hardt som følge av ulemper knyttet til lovendringen enn hva som ville vært tilfelle dersom det var tale om en helt ny lovregulering.

³¹⁴ Jf. punkt 3.3.2 ovenfor.

Industrikonsesjonslovens betydelige skranker for private rettssubjekter adgang til å erverve eierandeler i offentlige kraftselskaper er ikke politisk ukontroversiell.³¹⁵ Det alternative lovforslaget fra dagens regjeringspartier ville oppstilt skranker for private investeringer i vannkraft som er mindre omfattende enn hva flertallet vedtok.³¹⁶ Den sittende regjeringen har som målsetting å sikre at «industrielle eiere av vannkraft, innenfor dagens konsolideringsmodell, kan ivareta sitt behov for forutsigbar krafttilgang også i fremtiden».³¹⁷ En viss oppmykning av private rettssubjekters handlingsrom under industrikonsesjonsloven kan derfor være i emning. For eventuelle lovendringer vil noen av avhandlingens drøftelser kunne være relevante.³¹⁸

³¹⁵ Dagens Næringsliv har de siste månedene hatt føljetong gående under tittelen «kriser i kraft». Vinklingen har vært lite veldrevne kraftselskaper i offentlig eie.

³¹⁶ Jf. innst. O. nr. 78 (2007-2008) hvor Høyre og Fremskrittspartiet ønsket å tillate inntil 49 prosent privat eierskap i offentlige kraftselskaper, samt foreslo å heve konsesjongsgrensen opp til 10 000 hestekrefter.

³¹⁷ Jf. Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre og Fremskrittspartiet (Sundvollen-erklæringen) s. 62 punkt 11.

³¹⁸ Jf. særlig punkt 6.4.3 ovenfor.

Litteraturliste

Lovgivning

Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902

Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44

Lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45

Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper av 21. juni 1985 nr 83

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967

Lov om retten til å delta i fiske og fangst av 26. mars 1999 nr.15

Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m
av 29. juni 1990 nr. 50

Lov om erverv av vannfall mv. av 14. desember 1917 nr. 16

Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr. 46

Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59 (deknl)

Lov om Folketrygdfondet av 29. juni 2007 nr. 44.

Lov om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv. av 10. juni 2005 nr
44

Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58

Lov om Opplysningsvesenets fond av 7. juni 1996 nr. 33

Lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke av 17. juni
2005 nr. 85

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 (tv1)

Lov om samvirkeforetak av 29. juni 2007 nr. 81

Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14

Lov om statsforetak av 30. august 1991 nr. 71

Lov om Statens pensjonsfond av 21. desember 2005 nr. 123

Lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86

Lov om vassdrag og grunnvann av 24. november 2000 nr 82

Lov om vassdragsreguleringer av 14. desember 1917 nr. 17

Norges Riges Grundlov av 17. mai 1814

Forskrifter

Forskrift om utleie av vannkraftanlegg av 25. juni 2010 nr. 939

Forskrift om regulerte markeder av 29. juni 2007 nr. 939.

Forskrift om mandat for forvaltningen av Statens pensjonsfond Norge av 21. desember 2010.

Traktater

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA-avtalen)

Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF)

Forarbeider

Proposisjoner (Tidl. Odelstingsproposisjoner)

Ot. prp. nr. 1 (1909)

Ot. prp. nr. 31 (1931)

Ot.prp. nr. 69 (1966-67)

Ot. prp. nr. 6 (1972-1973)

Ot. prp. nr. 5 (1988-1989)

Ot. prp. nr. 31 (1989-1990)

Ot.prp.nr.43 (1989-1990)

Ot.prp. nr. 35 (1990/1991)

Ot.prp.nr.82 (1991-1992)

Ot.prp. nr. 23 (1995-1996)

Ot.prp.nr.23 (1996-1997)

Ot. prp. nr. 39 (1998-1999)

Ot. prp. nr. 54 (2003-2004)

Ot. prp. Nr. 61 (2007-2008)

Innstilling til Stortinget (Tidl. Innstillinger til Odelstinget)

Innst. O. nr 5 (1917)

Innst. O. nr. 78 (2007-2008)

Norges offentlige utredninger

NOU 1992: 34 (Skatt på kraftselskap).

NOU 2000:18 (Skattlegging av petroleumsvirksomhet)

NOU 2002:6 (Lov om samvirkeforetak)

NOU 2004: 26 (Hjemfall)

NOU 2006: 6 (Når sikkerheten er viktigst. Beskyttelse av landets kritiske infrastrukturer og kritiske samfunnsfunksjoner)

NOU 2012:2 (Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU)

Rettspraksis

Norsk Retstidende

Rt. 1932 s. 1015

Rt. 1937 s. 21

Rt. 1994 s. 533

Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks)

Rt. 1995 s. 1333

Rt. 1997 s. 1580

R. 1999 s. 1682

Rt. 2005 s. 117

Rt. 2005 s. 734

Rt. 2008 s. 1510

Rt. 2011 s. 1620

Rt. 2012 s. 1888 (Dyvi)

Rt 2013 s. 241

Upubliserte rettsavgjørelser

Nord-Troms tingretts kjennelse av 24. september 2012 (12-151149TVI-NHER)

Nord-Troms tingretts kjennelse av 5. oktober 2012 (12-152658TVI-NHER)

EFTA-domstolen

Sak E-2/06 ESA mot Norge («Hjemfallsaken»)

EU-domstolen

De forente sakene C-105/12 og C-107/12

Forslag til avgjørelser fra EU-domstolens generaladvokater

Generaladvokat Jääskinen. Uttalelse av 16. april 2013

Faglitteratur

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utg. Oslo, 2006

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2.utg. Oslo, 2009

Bjørnebye, Henrik, *Overdragelse av fallrettigheter: EØS-rettslige rammer for statens styringskompetanse*, 1.utg. Oslo 2000

Carlberg, Berit Sæther. *Bruk av covenants i låneavtaler*. I: Praktisk økonomi & finans (2003) s. 99 -106

Eckhoff, Torstein, Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 9. utg. Oslo, 2010

EØS-rett. Frederik Sejersted ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2011

Vassdrags- og energirett. Redigert av Thor Falkanger og Kjell Haagenen, 2. utg. Oslo 2002

Falkanger, Thor. *Aksjeerverv og konsesjonsregler vedrørende fast eiendom etter norsk rett*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap (1989) s. 359-407

Falkanger, Thor, Falkanger, Aage Thor, *Tingsrett*, 7. utg. Oslo 2013

Falkanger, Thor, og Bull, Hans Jacob, *Sjørett*, 7. utg. Oslo 2010

Knudsen, Gudmund, *Selskapet som part i aksjonæravtale*. I: Tre foredrag om aksjonæravtaler, Institutt for privatrett, Skriftserie 175, 2009

Kvinge, Lars Stakston. *Hybridfinansiering av aksjeselskaper; særskilt om den skatterettslige grensen mellom egenkapital og gjeld*. I: Skatterett (2008) s. 30-75.

Lowzow, Halfdan og Reed, Bjørn Gabriel, *Aksjonæravtaler*, Gyldendal, 1. utg. Oslo, 1993

Martinsen, Gunnar og Støle, Frode. *Private aktørers kjøp av kraftverk: Hvor lenge er det til hjemfall?* I: Lov og Rett (2005) side 36-67

Matre, Hugo P, *Gjeld og renter*, 1. utg. Oslo, 2012

Rødseth, Asbjørn. *Vasskraft og grunnrente*. I: Ressursmakt og grunnrente, Makt og demokratiutredningen nr 44 august 2002

Thue, Lars, *For egen kraft - kraftkommunene og det norske kraftregimet 1887-2003*, 1. utg. Oslo, 2003.

Urquieta, Carlos, *Industrikonsesjonsloven: offentlig styring av fallrettigheter og EØS-rettslige skranker*, Marius 296/2003

Wasenden, Odd-Harald. B, *Energimarkedsrett, Om informasjonsplikt og markedsatferd i det finansielle kraftmarkedet*, 1. utg. Oslo, 2007

Wehn, Trond, *Eiendomsrett til vannfall, bruksrett til vannkraft, og EØS-avtalen*.

Zimmer, Frederik, *Lærebok i Skatterett*, 6. utg. Oslo, 2009

Åm, Trond. *Grunnpilar under press*. I: Minervanett. 13. desember 2012. <http://www.minervanett.no/grunnpilar-under-press> [sitert 29. mai.2014].

Stortingsdokumenter

Dokument 8:31 (2012–2013).

Dokument nr. 15:510 (2012-2013).

Regjeringsdokumenter

Kongelig resolusjon av 7. september 2012 (saksnummer 12/1122)

Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre og Fremskrittspartiet (Sundvollen-erklæringen)

Rapporter fra forvaltningen

Meddelte vassdragskonsesjoner 2008

Meddelte vassdragskonsesjoner 2009

Meddelte vassdragskonsesjoner 2010

Meddelte vassdragskonsesjoner 2011

Meddelte vassdragskonsesjoner 2012

Østensen, Inger (red.), Fakta 2013, Energi- og vannressurser i Norge, Oslo, 2012

Brev fra departementet

Finansdepartementet. Brev av 25. mars 2011 til Eidsiva Energi AS. (referanse 11/987 EEr).

Finansdepartementet. Brev av 7. november 2011 til KLP (referanse 11/3740 AaN).

Olje- og energidepartementet. Brev av 23. februar 2010 til Musken Senter AS (referanse 08/01151-8).

Olje- og energidepartementet. Brev av 3. januar 2011 til Eidsiva Energi AS (referanse 10-/01090-6)

Olje- og energidepartementet. Brev av 28. september 2012 til Tromsø kommune (referanse 12/1122).

Olje- og energidepartementet. Brev av 28. februar 2013 til Advokatfirmaet Thommessen AS (referanse 13/111).

Faktaopplysninger hentet fra nettet

Finansministerens tale på Finansnæringens dag 8. april 2014. http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/aktuelt/taler_artikler/ministerens-taler-og-artikler/taler-og-artikler-av-finansminister-si-2/2014/Viktige-veivalg.html?id=755441 [sitert 29. mai.2014]

KLPs erverv av eierandeler i Ringeriks-Kraft. <http://www.ringeriks-kraft.no/om/aktuelt-og-media/aktuelt/ringerike-kommune-selger-15/?from=2> [sitert 29. mai.2014]

KLPs erverv av eierandeler i Tussa Kraft. <https://www.tussa.no/om-oss/aktuelt-og-media/klp-inn-i-tussa> [sitert 29. mai.2014]

Tussa Kraft om valg av styreleder fra KLP. <https://www.tussa.no/om-oss/aktuelt-og-media/ny-styreleiar-i-tussa> [sitert 29. mai.2014]

TrønderEnergis presentasjon under nettkonferansen 1. desember 2011.

<http://www.energinorge.no/getfile.php/FILER/KALENDER/Foredrag%202011/Nettkonferansen%202011/1%201700%20KLP%20kapital%20Austmo.pdf> [sitert 29. mai.2014]

Avisartikler

Leder. Kraftblåmandag. I: Dagens Næringsliv 23. mars.

Endresen, Rune, Løvås, Jostein og Laugen, Stig Tore. Småkraftverk i stampe. I: Dagens Næringsliv 25.mars.

Lie, Øyvind. Hydro vil endre hjemfallsloven. I: Teknisk Ukeblad 8. januar 2013. <http://www.tu.no/kraft/2013/01/08/hydro-vil-endre-hjemfallsloven> [sitert 29. mai.2014]

Personlig meddelelse

Olje- og Energdepartementet ved Ekeberg, Carl Fredrik. E-post. 7. januar 2014

Olje- og Energdepartementet ved Ekeberg, Carl Fredrik. E-post. 31. januar 2014.